

# Multijuris

PRIMEIRO GRAU EM AÇÃO

ANO VIII • Número 12 • Dezembro 2013

ENTREVISTA

## Philippe Flores Ministro da Corte de Cassação Francesa

O papel do Juiz no superendividamento do  
consumidor na França

ARTIGOS

Hermenêutica filosófica e decisão judicial

Fórum de múltiplas portas

Análise de risco de operação de crédito

Análise de jurisprudência das Cortes  
de Justiça do RS

INOVAÇÃO

Concessão responsável  
do crédito

Seguradora Líder – convênios

Novas ferramentas que auxiliam  
a atividade jurisdicional



Autor: Paul Gauguin (Eugène Henri Paul Gauguin) – (1848-1903). Suas primeiras obras tentavam captar a simplicidade da vida no campo, algo que ele conseguia com a aplicação arbitrária das cores, em oposição a qualquer naturalismo. Sua obra foi tão singular como as de Van Gogh ou Paul Cézanne. Apesar disso, teve seguidores e pode ser considerado o fundador do grupo Les Nabis, que, mais do que um conceito artístico, representava uma forma de pensar a pintura como filosofia de vida.

Áreas: Pintura, escultura, cerâmica e gravura.

Título: *La Vision après le Sermon (La Lutte de Jacob avec l'Ange)* (Visão após o Sermão, também conhecida como "Luta de Jacó com o Anjo").

Data: 1888

Técnica: Óleo sobre tela

Dimensões: 73 x 92cm

Movimento Artístico: Pós-Impressionismo

Localização atual: National Gallery of Scotland, Edinburgh (Galeria Nacional da Escócia, Edimburgo).

Fonte/Fotógrafo: *The Yorck Project: 10.000 Meisterwerke der Malerei*. DVD-ROM, 2002. ISBN 3936122202. Distributed by DIRECTMEDIA Publishing GmbH.

Fonte: [http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/5/5e/Paul\\_Gauguin\\_137.jpg](http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/5/5e/Paul_Gauguin_137.jpg)

A obra de arte mostrada nesta imagem e a reprodução da mesma estão no domínio público no mundo todo. A reprodução é parte de uma coleção de reproduções compiladas pelo *The Yorck Project*. Os direitos autorais da compilação são do Zenodot Verlagsgesellschaft mbH e licenciados sob a *GNU Free Documentation License*.

Esta imagem provém do Wikimedia Commons, um acervo de conteúdo livre da Wikimedia Foundation que pode ser utilizado por outros projetos.

Multijuris : Primeiro Grau em Ação / [publicada por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Ajuris. – v. 1, n. 1(ago. 2006)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2006 – v.

Anual.

Substitui a revista Sentenças e Decisões de Primeiro Grau n. 1-14 (jun. 1999-dez. 2005).

A partir do v. 5, n. 9 (dez. 2010), a revista mudou sua periodicidade de semestral para anual, e não publica mais sentenças em seu conteúdo.

A partir do v. 8, n. 12 (dez. 2013), a revista passou a ter novamente em seu conteúdo sentenças e decisões de 1º grau.

ISSN 1980-184X

1. Poder Judiciário – Rio Grande do Sul – Primeiro grau – Periódico
2. Poder Judiciário – Rio Grande do Sul – Sentença – Periódico I. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. II. Ajuris.

CDU 347.993(816.5)(05)

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente  
Des. Marcelo Bandeira Pereira

1º Vice-Presidente  
Des. Guinther Spode

2º Vice-Presidente  
Des. Cláudio Baldino Maciel

3º Vice-Presidente  
Des. André Luiz Planella Villarinho

Corregedor-Geral da Justiça  
Des. Orlando Heemann Júnior

## ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente  
Pio Giovani Dresch

Vice-Presidente Administrativo  
Eugenio Couto Terra

Vice-Presidente de Patrimônio e Finanças  
André Luís de Moraes Pinto

Vice-Presidente Cultural  
Maria Lucia Boutros Buchain Zoch Rodrigues

Vice-Presidente Social  
José Antônio Azambuja Flores

## DIREÇÃO DA REVISTA MULTIJURIS – PRIMEIRO GRAU EM AÇÃO

Káren Rick Danilevich Bertoncello  
Diretora

## CONSELHO EDITORIAL

Gladis de Fátima Canelles Piccini  
Patrícia Antunes Laydner  
Andréa Rezende Russo  
Eliane Garcia Nogueira  
Orlando Faccini Neto  
Rosane Wanner da Silva Bordasch  
Sergio Fernando Tweedie Spadoni

## CONSELHO CONSULTIVO

Adriano Parolo  
André Luis de Aguiar Tesheimer  
André Sühnel Dorneles  
Betina Meinhardt Ronchetti  
Carlos Frederico Finger  
Charles Maciel Bittencourt  
Clarissa Costa de Lima  
Daniel Englert Barbosa  
José Luiz Leal Vieira  
Liége Puricelli Pires  
Luciano André Losekann  
Maira Grinblat  
Rodrigo de Azevedo Bortoli  
Vancarlo André Anacleto  
Vanderlei Deolindo

Assistente Administrativo  
Sandra Flores

## Jornalista Responsável

Adriana Arend

## Projeto Gráfico & Diagramação

Ana Luiza Mesquita e Juliano Verardi  
(Departamento de Artes Gráficas – TJRS)

## Revisão & Impressão Gráfica

Departamento de Artes Gráficas – TJRS

## ENTREVISTA

- **Philippe Flores**  
Ministro da Corte de Cassação Francesa ..... 2

## ARTIGOS

- **Algumas considerações sobre o “hiato” entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial a partir de um diálogo com os alunos da disciplina de Hermenêutica Jurídica na graduação em Direito Adalberto Narciso Hommerding** ..... 5
- **Fórum de múltiplas portas: a experiência do New York Peace Institute em mediação**  
*Charlise P. Colet Gimenez e Josiane Caleffi Estivalet..* 13
- **As ferramentas de análise de risco de operação de crédito**  
*Fernando Smith Fabris* ..... 17
- **Observatório Unilasalle de Análise Crítica de Jurisprudência das Cortes de Justiça do RS: um breve relato das atividades de pesquisa**  
*Maria Cláudia Cachapuz* ..... 20

## MONOGRAFIAS

- **Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: política pública implementada pelo Conselho Nacional de Justiça**  
*Cecília Laranja da Fonseca Bonotto* ..... 26
- **Cadastramento de consumidores e sistemas de pontuação de crédito: paralelos e reflexões em prol do direito à informação**  
*Fabiana dos Santos Kaspary* ..... 47

## INovação

- **Novas ferramentas para auxílio à atividade jurisdicional**  
*André Luís de Aguiar Tesheimer* ..... 75
- **A imposição judicial da renegociação e da cooperação como soluções viáveis ao tratamento do superendividamento**  
*Felipe Kirchner* ..... 86
- **Poder Judiciário celebra convênios com a Seguradora Líder**  
*Ney Wiedemann Neto* ..... 117

## DECISÕES JUDICIAIS

- **Dupla maternidade: o afeto se sobrepõe à lei!**  
*Carine Labres* ..... 130
- **Irracionalidade do Sistema Judicial**  
*Carlos Eduardo Richinitti* ..... 141
- **Banco de dados “Concentre Scoring” e Abuso de Direito**  
*Maria Cláudia Mércio Cachapuz* ..... 151
- **Crédito Consignado e Concessão Responsável do Crédito**  
*Régis Adil Bertolini* ..... 159

## CULTURAL

- **Dicas de filmes** ..... 160
- **Dicas de livros** ..... 161

## EDITORIAL

Bauman já advertia que “na era da informação, a invisibilidade é equivalente à morte”. Nesse sentido, a edição de 2013 compartilha com os leitores experiências de magistrados, Defensores Públicos e advogados que transpuseram a barreira da massificação dos conflitos e adotaram visão inovadora provida de peculiar sensibilidade. Iniciamos com a entrevista do magistrado francês Philippe Flores, atualmente Ministro da Corte de Cassação e responsável pela modificação da jurisprudência desta Corte quando ainda estava na Magistratura de 1º Grau, conjuntamente com dois colegas, cuja repercussão resultou no aperfeiçoamento legislativo de seu país.

Os artigos selecionados destacam-se pela simbiose entre a pesquisa acadêmica, voltada ao aperfeiçoamento da prática forense, e valorosos instrumentos à jurisdição. Na seção de “decisões judiciais”, compilamos ideias inovadoras agregadas à profunda análise da instrumentalidade do Direito como meio de realização da Justiça, ilustradas em sentenças e decisão interlocutória.

Por fim, a seção de “monografias” oferece a leitura das pesquisas elaboradas por duas magistradas em temas caros e instigantes à judicância, assim como a seção de “inovação” revela dois exemplos de proposição: o primeiro, de cunho teórico-prático, com extensa e valiosa fundamentação em prol da concretização do direito fundamental previsto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal; o segundo, de caráter eminentemente prático, otimizando a prestação jurisdicional.

O magistrado da pós-modernidade está diariamente sendo submetido às intempéries que a própria sociedade enfrenta, a exemplo da judicialização da política. Por isso, compreendemos que a cooperação e a visão interinstitucional contribuiriam à nossa reflexão.

**Káren Rick Danilevitz Bertoncello**  
Diretora da Revista

# Philippe Flores<sup>1</sup>

## Ministro da Corte de Cassação Francesa

No Brasil, o PLS 283 tramita no Congresso Nacional com a proposta de tutelar a prevenção do superendividamento do consumidor e, caso aceita a proposta de emenda, de regulamentar o procedimento de tratamento destas situações. Oportuno lembrar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul contribuiu com sugestões de regulamentação deste fenômeno social, valendo-se da experiência advinda com a prática institucionalizada no art. 1.040A da Consolidação Normativa Judicial, cuja inspiração foi originada na legislação e na jurisprudência francesas.

A atuação jurisdicional do magistrado francês, Philippe Flores, foi destacada no livro *Outras vidas que não a minha* (no original, *D'autres vies que la mienne*), de Emmanuel Carrère, graças à sensibilidade e à inovação de três magistrados, à época com jurisdição no 1º grau, que modificaram a jurisprudência da Corte de Cassação. Nesse sentido, obtiveram o reforço da preservação dos direitos do consumidor superendividado mediante a intervenção da Corte de Justiça da União Europeia.

Apresentação por Cláudia Lima Marques.

### Livros e artigos publicados:

- *Les procès devant le tribunal d'instance*, L'harmattan, 2004.
- *Crédit à la consommation; Protection du consommateur*, en collaboration avec Gérard Biardeaud, Delmas, 2012.
- *A prevenção do superendividamento pelo Código de Consumo*. Traduzido por Káren Rick Danilevitz Bertoncello. Revista de Direito do Consumidor, n. 78, São Paulo, abr./jun., 2011, p. 67-82.
- *O ofício do Juiz e o crédito ao consumo*, coautoria com Gérard Biardeaud. Traduzido por Káren Rick Danilevitz Bertoncello. Revista de Direito do Consumidor, n. 87, São Paulo, maio/jun., 2013, p. 31-50.

<sup>1</sup> – Entrevista com o magistrado francês Philippe Flores, exclusiva para a *Multijuris*. Tradução: Káren R. Danilevitz Bertoncello.

**“No Brasil, o PLS 283 tramita no Congresso Nacional com a proposta de tutelar a prevenção do superendividamento do consumidor e, caso aceita a proposta de emenda, de regulamentar o procedimento de tratamento destas situações.”**

**Quais são as suas principais lembranças desde o início da vida como magistrado?**

Iniciei a Magistratura como Juiz de instância em Angoulême, na data de 1º de fevereiro de 1990, logo após a entrada em vigor da primeira lei relativa ao tratamento do superendividamento. Isso foi, seguramente, um choque, tanto no tocante à organização da Vara, em virtude do número de processos que ingressaram, como do ponto de vista técnico, dada a novidade da matéria, e, ainda, em vista da angústia que podia ser identificada nas salas de audiência. Foi, igualmente, uma conscientização de que os métodos de tratamento e, sobretudo, de prevenção do superendividamento deveriam ser totalmente revistos. Era quase em vão tratar apenas o superendividamento se não aplicássemos medidas gerais para prevenir sua superveniência e, acima disso, acompanhar os devedores durante a execução dos planos de reembolso. É desse período que data igualmente o interesse pela efetividade das regras de proteção do consumidor.

**Quais foram os professores ou personalidades que inspiraram seus estudos?**

Ao longo dos meus estudos, na Universidade de Bordeaux, guardo lembrança, sobretudo,

do senhor Hauser, professor de direito civil, cujas aulas provavelmente contribuíram para o meu êxito no concurso da Magistratura, mas também do senhor Javilliers, professor de direito do trabalho. Os trabalhos que pude realizar com outros colegas sobre direito do consumo foram bastante registrados nos escritos de personalidades como senhor Gilles Paisant, professor em Chambéry, ou senhor Raymond, professor em Poitiers.

**O senhor pode falar a respeito dos julgamentos das situações de superendividamento dos consumidores e da sua experiência inovadora relatada no livro de Emmanuel Carrère?**

O livro de Emmanuel Carrère tem imenso mérito em apresentar de forma simples, acessível e, acima de tudo, exata, o contencioso do superendividamento, suas condições de tratamento e o papel de um Juiz. Ele mostrou o ponto de vista de que o Juiz não é apenas quem sanciona, mas quem pode ajudar, buscar soluções, quem tenta aplicar a lei em benefício daquelas que a ignoram. Ele, igualmente, descreveu com grande exatidão o que é uma audiência no *Tribunal de Instância*: a grande quantidade de processos, as incompreensões e o temor dos jurisdicionados. Ele também expôs como os Juízes com sensibilidade e formação diversas podiam trabalhar juntos não obstante a distância geográfica. Mas a principal aposta foi mostrar como um procedimento tão conceitual como o “reenvio prejudicial” perante a Corte de Justiça da União Europeia poderia atingir o conjunto de nossos cidadãos e tocá-los, muito diretamente, na sua vida quotidiana. Enfim, esse livro mostra que o direito não é um fim em si, mas um instrumento ao serviço de alguém.

**No Brasil, nós tivemos a “democratização do crédito” nos últimos anos. O acesso ao crédito foi facilitado e, entre outras causas, atualmente nós temos mais de 50% dos brasileiros inseridos na “classe**

**média” (significa dizer que aumentamos a dignidade do brasileiro e, por via de consequência, diminuímos a pobreza). De outro lado, não dispomos de leis para regulamentar a atuação dos fornecedores de crédito. A esse respeito, quais são as lições do direito comparado que o senhor poderia citar como inspiração ao Brasil?**

O princípio da efetividade do direito, admitido por todas as leis, implica a existência de sanções adequadas e, sobretudo, a segurança que estas serão efetivamente aplicadas. Isto impõe uma possibilidade de acesso ao Juiz, que possui a legitimidade e a independência necessárias para assegurar esta aplicação. Se o papel da administração é particularmente importante para o respeito das regras, é preciso, todavia, que o acesso ao Juiz seja aberto às pessoas envolvidas para que as situações possam ser tratadas com toda a independência. São também pequenos

procedimentos que podem conquistar grandes avanços. E isto não impede a realização de procedimentos de conciliação, cuja eficácia estará adstrita à possibilidade do ingresso na via judicial.

**“A atuação jurisdicional do magistrado francês, Philippe Flores, foi destacada no livro *Outras vidas que não a minha.*”**

**A respeito da sociedade de crédito, o que o senhor pode recomendar como leitura?**

Acima do crédito, a propósito da confrontação das regras de direito com a economia, penso que podemos nos referir ao conjunto da obra do senhor Supiot, professor no Collège de France. ■

# Algumas considerações sobre o “hiato” entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial a partir de um diálogo com os alunos da disciplina de Hermenêutica Jurídica na graduação em Direito



Foto: arquivo pessoal

**Adalberto Narciso Hommerding<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito

**Resumo:** O presente artigo faz uma síntese do texto “O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial”, de autoria de Alexandre Morais da Rosa, apresentando algumas conclusões por parte do professor e dos alunos da disciplina de Hermenêutica Jurídica acerca da necessidade de se unir a hermenêutica filosófica à decisão judicial.

**Palavras-chave:** Hermenêutica filosófica. Decisão judicial.

**Abstract:** This paper makes a summary of the piece entitled “The gap between Philosophical Hermeneutics and judicial decision-making”, written by Alexandre Morais da Rosa, presenting some conclusions reached by both the teacher and the students of the Juridical Hermeneutics course, regarding the need to link Philosophical Hermeneutics and judicial ruling.

**Keywords:** Philosophical hermeneutics. Judicial decision-making.

**Sumário:** I Considerações iniciais. II O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. III Algumas considerações sobre o texto a partir da compreensão que dele tiveram os alunos da disciplina de Hermenêutica Jurídica e a importância de se desenvolver o estudo de uma hermenêutica distinta da que estamos acostumados a ver no ambiente acadêmico.

## I Considerações iniciais

Há tempos venho lecionando “Hermenêutica Jurídica” (na Graduação e na Pós-Graduação) na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo – RS. E, já há algum tempo (em especial desde o meu Doutoramento<sup>2</sup> na Unisinos, concluído no ano de 2005, sob a orientação do Prof. Lenio Luiz Streck), tenho

1 – Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha (2012); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2005); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2001); Magistrado na Comarca de Santa Rosa – RS; Professor de Graduação, Pós-Graduação e Mestrado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo – RS.

2 – A tese foi publicada com a seguinte referência: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

me deparado com um problema que considero crucial para o futuro do Direito: o modo como a Hermenêutica tem sido ensinada nos bancos acadêmicos.

Na verdade, o que menos se tem ensinado é “Hermenêutica” (e aqui paro de colocar aspas no termo; também não me preocuparei se a expressão aparecerá com a inicial “H” em forma maiúscula ou minúscula), pois ainda convivemos com a ideia de uma hermenêutica como método ou disciplina o que, curiosamente, aponta para uma não compreensão do que efetivamente seja a hermenêutica, digamos assim<sup>3</sup>. Dito de outro modo, a hermenêutica praticada e ensinada nas salas de aula não é hermenêutica!

Ora, em tempos de viragem linguística, com o sepultamento da filosofia do sujeito (cartesiano), já deveria estar mais que na hora de pensarmos o problema hermenêutico a partir da ruptura da relação sujeito-objeto, alcançando, assim, a hermenêutica – por que não dizer a “linguagem” em que nos inserimos? – a uma “condição de possibilidade” e fazendo da compreensão algo bem mais do que um produto da aplicação de um determinado “método”<sup>4</sup>. É que o caminho é inverso: chego

3 – Por todos, no Direito, incorporando as lições de Martin Heidegger (*Filosofia Hermenêutica*) e Hans-Georg Gadamer (*Hermenêutica Filosófica*), a original obra de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Lenio é o crítico mais contundente e original quanto à não compreensão que os juristas possuem da Hermenêutica.

4 – Remeto o leitor às seguintes obras: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Énio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. Outras obras importantes de Gadamer são: GADAMER, Hans-Georg. *Arte y verdad de la palabra*. Traducción José Francisco Zúñiga García e Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1998; GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Traducción de Arturo Parada. Madrid: Catedra, 1998; GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Traducción e introducción de Agustín Domingo Moratalla. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2000; GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Tradução João Tiago Proenca. Lisboa: Edições 70, 2001; GADAMER, Hans-Georg. *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*. Traducción de Luciano Elizaincín-Arráez. Madrid: Trotta, 2004; HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os pensadores); HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, traducción y notas de Irene Borges-Duarte. Lisboa: Fim de Século, 2003; HEIDEGGER, Martin. *Ontología: hermenéutica de la facticidad*. Versión de Jaime Aspinza. Madrid: Alianza Editorial, 1998; HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 2002; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá

ao método pela compreensão, e não o contrário.

Pois é partindo dessa preocupação que adiante passarei a sintetizar alguns aspectos pontuais de um texto (também sintético, mas nem por isso raso) de autoria do meu amigo Alexandre Moraes da Rosa, Juiz de Direito em Santa Catarina e Professor Pós-Doutor, a quem de certa forma devo algumas das minhas recentes realizações acadêmicas, em especial meu trabalho acadêmico de Pós-Doutorado<sup>5</sup>. O texto do Professor Alexandre, nominado “O hiato entre a Hermenêutica Filosófica e a decisão judicial”<sup>6</sup>, é importante em razão de uma série de enfrentamentos a que o autor procede e porque tem tudo a ver com o modo como o Judiciário atualmente decide, problema que é tão caro à hermenêutica jurídica. E por ser caro à hermenêutica jurídica é que tenho sugerido sua leitura aos alunos. Pois bem. Sigo.

### II O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial

Alexandre Moraes da Rosa parte de uma ideia de Hans-Georg Gadamer, publicada em um texto de 1977 (“O jogo da arte”), criticando a “embriaguez moderna” que vê o animal como “mero autômato” e o homem como “criatura de Deus” distinta pela “autoconsciência” e pela “livre vontade”. Segundo Gadamer, há um século estaria crescendo uma forte suspeita de que o comportamento do indivíduo e dos grupos é determinado sobretudo pelas determinantes naturais. Assim, o comportamento humano

Cavalcante. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000; HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência da verdade*. Tradução de Carlos Morujão. Porto: Porto, 1995.

5 – O referido trabalho foi publicado recentemente. Confira-se: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Teoría de la legislación y derecho como integridad*. Curitiba: Juruá, 2012. Na obra recolho as lições do Prof. Manuel Atienza no que diz respeito à necessidade de uma Teoria da Legislação, invocando, ainda, a necessidade de uma legislação que respeite o “Direito como integridade”, nos moldes de que trata a obra de Ronald Dworkin.

6 – O texto integra o excelente STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-131. Dita obra é resultado da manifestação de um grupo de professores que vem estudando a obra de Hans-Georg Gadamer, surgindo como marco dos 50 anos da publicação de “Verdade e Método”.

não corresponderia à consciência dos que es-colhem e agem livremente. Ou seja, nem tudo aquilo que acompanhamos com a consciênci-a de nossa liberdade seria, então, realmente consequênci-a de uma decisão “livre”, pois fatores inconscientes, compulsões e interesses também determinam nossa consciênci-a, além de dirigirem nosso comportamento.

É a partir dessa constatação de Gadamer que Alexandre desenvolve sua reflexão sobre o “hiato” que existe entre a teoria da decisão (judicial) manejada pelo senso co-mum teórico (Warat) e as possibilidades da Hermenêutica Filosófica, lançando uma discussão sob a temática pela perspectiva da “moda”. É que a moda, segundo nosso autor, é uma “variável” importante para a discussão hermenêutica. Sua compreensão “autêntica” pode nos auxiliar a compreender o porquê da ausênci-a de efetividade da Hermenêutica Filo-sófica no campo do Direito.

De fato, no cotidiano dos juristas, a “hermenêutica tradicional” continua operan-do com noções (v. g., objetivismos, subjeti-vismos, discricionariedade, intenção da lei, vontade do intérprete, etc.) que realmente não fazem mais sentido do ponto de vista hermenêutico. Essas noções, porém, “estão na moda”. E por quê? Alexandre irá responder, de forma muito clara: “nos encontramos na era do ‘Realismo Jurídico Tropical’ em que a lógica que preside este modelo é a dos informativos etiquetados com as grifes com durabilidade efêmera, de uma semana, aliás, como as coleções da Grife ‘Gap’. Até a pró-xima semana não se sabe, de fato, o que pode ter mudado. O aumento da velocidade constante impede, também, a possibilidade de reflexão. (...) A última edição da interpretação (*sic*) ocupa o lugar da última versão da moda e como a maioria não quer apa-rentar estar ‘out’, o sentido migra ‘auto-maticamente’ (...) O produto – verbete – nesta nova economia simbólica do Poder Judiciá-rio decide desde antes e pelo sujeito. Não lhe concede, ademais, espaço para dizer o

contrário. O argumento da autoridade toma o lugar da reflexão”<sup>7</sup>.

O “jogo jogado”, portanto, segundo Mo-rais da Rosa, apresenta, de um lado, a “pre-mência” de estar “in”; de outro, a irracionalida-de do mercado consumidor. Daí por que o ce-nário jurídico acaba por se transformar no ce-nário da moda (ou “próximo da moda”, como diz Rosa): de um lado, o sujeito “deficiente filo-soficamente” acolhe a última verdade apresen-tada; de outro, o sujeito descobre que não há mais “verdade verdadeira” e passa a se apoiar na “estrutura paranoica” que lhe diz a verdade, passando a fazer parte de uma “Hermenêutica do Conforto”, na expressão de Alexandre<sup>8</sup>.

Como conclusão disso tudo, o sujeito, que não está por dentro dos últimos informati-vos dos tribunais, começa a acreditar que “está por fora”. A razão (ou “as razões”), que deve-ria ser buscada para a reflexão, agora passa a ser vendida com a “aparente” reflexão pronta, embalada em “papel de presente aparente-mente hermenêutico”. É que a pressa e a urgênci-a decorrem de variáveis mercado-lógicas, fazendo com que a qualidade da interpretação seja subtraída em nome do “conforto”. Assim é que as decisões judi-ciais vão deixando de dizer o caso, pois são produzidas apenas para “serem vistas”. Sua vitrine são o computador e a internet. “Orquestradas” pelos órgãos de cúpula do sistema, as decisões se espalham como um todo resultando uma “compulsão” por admirar, copiar e legitimar quem nos con-duz, como diz Alexandre<sup>9</sup>. Claro! A decisão judicial está “vestida” com as “roupas da última coleção” garantida pela grife do STF ou STJ.

É possível verificar, portanto, que a lógi-ca do mundo da moda, ao adentrar no campo do Direito, desfaz a noção de “tradição”. Não

7 – ROSA, Alexandre Moraes da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 127-131.

8 – *Idem, ibidem*.

9 – *Idem, ibidem*.

haveria de ser de outro modo. Nas palavras de Morais da Rosa: “A moda não se vincula à tradição, mas à escolha. E escolha é ato de vontade, bem aponta Lenio Streck. Não é hermenêutico. (...) o Direito quando gira em torno da moda não atende a rationalidades. Gira por gostos, caprichos, questões estéticas e econômicas. (...) O sujeito, ao mesmo tempo livre das amarras da tradição e preso aos desígnios da moda, transforma-se em presa fácil dos discursos da eficiência, do pragmatismo (...) ‘discurso do conforto’ O espírito de nossa época é da ‘eficiência’ ”<sup>10</sup>.

**“É a partir da desconstrução e reconstrução da hermenêutica, [...] que poderemos ter esperanças em experimentar mudanças nos rumos do Direito...”**

Em definitivo, como diz Alexandre, entre a decisão que serve de paradigma, ou seja, a decisão tomada “lá atrás”, quando apreciado outro caso, outro contexto, e a decisão tomada com base na primeira, há um “fossos de sentido preenchido pelo imaginário de uma analogia ingênua”, pois a decisão paradigma real é substituída pelo signo simbólico que representa e não raro sua aplicação é imaginária, servindo para legitimação de “qualquer decisão”, mormente quando fundamentada exclusivamente em verbetes de ementas<sup>11</sup>.

Ocorre que é impossível “preencher” o fosso do real na ementa de uma decisão, lembra Alexandre. A relação entre uma ementa e o caso (onde ela, a ementa, seria aplicada) é arbitrária. O problema é que “vende” e “faz” decisões judiciais, como bem aponta Morais da Rosa. E tem razão. É esse modelo que a academia tem o dever de criticar, se o senso

comum teórico dos juristas não o faz (aliás, não o faz por ser “comum”). É que a jurisprudência não é um “fim em si mesmo”, como diz Alexandre, e nem desonera o intérprete<sup>12</sup>. A jurisprudência, portanto, não é e não pode ser sinônimo de hermenêutica; muito menos de fundamentação, pois demanda um contexto para fazer sentido. Como não há uma “língua individual”, também o intérprete não pode tudo, não pode criar uma língua individual, pois seu estilo pessoal guarda uma referência coletiva. Daí por que há necessidade de se resgatar a “responsabilidade do sujeito”, um dos fatores que podem levar à compreensão autêntica. E isso é uma das tarefas da Hermenêutica Filosófica.

Para concluir a síntese – também para deixar o leitor “angustiado” (no sentido heideggeriano) – e prosseguir adiante com algumas impressões colhidas em trabalho (verdadeiro diálogo) realizado com os alunos da Graduação em Direito, reproto o “diálogo entre dois magistrados” de que nos fala Alexandre: “–Concordas com a decisão?” “– Sim, se for do Supremo”. Responde o Juiz que decide conforme a moda. “– Mas e o conteúdo, você concorda?” Pergunta o primeiro magistrado. “– E precisa? A embalagem me satisfaz”<sup>13</sup>.

### III Algumas considerações sobre o texto a partir da compreensão que dele tiveram os alunos da disciplina de Hermenêutica Jurídica e a importância de se desenvolver o estudo de uma hermenêutica distinta da que estamos acostumados a ver no ambiente acadêmico

Falar do texto de Alexandre Morais da Rosa significa falar de algo “autêntico” (no sentido hermenêutico, portanto); significa falar de um texto cujo autor não “doura a pílula” para dizer o que pensa. Significa, enfim, falar de um texto que desvela, sem pudores, como os juízes têm decidido os casos que lhes são submetidos. Por isso é um texto que merece ser lido: crítico, direto

10 – *Idem, ibidem.*

11 – *Idem, ibidem.*

12 – *Idem, ibidem.*

13 – *Idem, ibidem.*

ao ponto, sem “firulas”. O texto (e o estilo) de Alexandre é leve, claro, didático e de fácil “digestão”. É claro que, para leigos e profanos, e mesmo para estudantes que estão iniciando o curso de Direito ou já estejam nele “adiantados”, o texto pode apresentar algumas dificuldades de leitura, mas isso é algo absolutamente normal. E contornável. Afinal de contas, se o “tempo” é o “nome do ser”, como ensinou Martin Heidegger<sup>14</sup>, é necessário respeitar o tempo de cada um e as dificuldades de compreensão a ele inerentes. E carregamos a marca da “finitude”, física e de compreensão.

O sentido, pois, à evidência – por vezes para muitos não tão evidente assim –, depende da temporalidade, entendida esta não apenas como um desdobramento linear de passado, presente e futuro, mas como um existencial próprio do ser humano (Heidegger). Por isso é que, quando se lê novamente o mesmo texto, ele já nos diz algo diferente; já se apresenta a nós de forma diferente. Por isso “ouvimos” e “vimos” o que ele, texto, tem a nos dizer e mostrar de forma diferente. É a temporalidade e seus efeitos agindo no intérprete.

Em que pese, no entanto, as dificuldades inerentes ao *Dasein* (“ser-aí”, na expressão utilizada por Heidegger<sup>15</sup>, também traduzido por

“existência”, “homem”, etc.), isto é, à existência de cada um dos alunos, é possível perceber que as condições de possibilidade para ingressar no estudo da Hermenêutica Jurídica (e Filosófica) e desenvolver um Direito parelho aos seus ditames mesmo alunos da graduação e recém-saídos do ensino médio as têm. E isso é importante que se diga. Sobretudo para que seja dada à Hermenêutica (em especial a Filosófica) a posição de destaque que merece ocupar, “surrada” que está pela hermenêutica tradicional desenvolvida no interior do “senso comum teórico”<sup>16</sup> dos juristas (Warat).

É a partir da desconstrução<sup>17</sup> e reconstrução da hermenêutica, que agora deve passar a ser vista como um “modo-de-ser-no-mundo” (Gadamer, a partir de Heidegger), no âmbito da academia (e, consequentemente, no dos tribunais, pois, obviamente, os operadores do Direito serão aqueles que

14 – HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

15 – Em que pese não se constituir objeto do presente texto, faço aqui uma (breve, para ser redundante) síntese da temática relativa ao *Dasein*. É que, sem essa síntese, o leitor que não está acostumado com a Hermenêutica Filosófica poderá ter dificuldades em entender o que quero dizer. Martin Heidegger, talvez o maior filósofo do século XX, pressupõe que há uma “diferença ontológica” entre o ser e o ente. E essa diferença – que é um dos teoremas fundamentais da sua filosofia – repousa na ideia de que o ser sempre é o ser do ente e que o ente só é em seu ser. Chamamos “ente” muitas coisas e em diversos sentidos. Ente, segundo Heidegger, é tudo aquilo de que falamos, tudo aquilo a que miramos, aquilo para o qual nos comportamos de tal e tal modo. Ente é também o que e como nós mesmos somos. Então, o ente é tudo aquilo com quem o homem mantém uma relação; é aquilo sobre o que se pode dizer algo. O ente, no entanto, não é o ser, embora de este não se separe em razão da diferença ontológica. O ser, ao contrário, diz respeito ao universo de condições do encontro com os entes. Diz respeito às condições desde as quais se faz possível um encontro com entes “como” entes qualificados, ou seja, entes que vêm ao encontro sempre submetidos a uma perspectiva. Para Heidegger, no entanto, a questão sobre o sentido do ser é a mais universal e a mais vazia. Ainda assim, ela abriga igualmente a possibilidade de sua mais aguda singularização. Há, no entanto, outra categoria que Heidegger utiliza e que, sem ela, não é possível compreender sua filosofia. É o *Dasein*, o ser-aí. Mas, afinal, o que é o *Dasein*? O que é o ser-aí? De fato, é possível chegar a uma ideia aproximada do que significa ser-aí. Segundo Ernildo Stein, em Heidegger, o *Dasein* é o ente que comprehende ser.

O ser “é” desde a compreensão do *Dasein* e o *Dasein* é desde a compreensão do ser. O *Dasein*, assim, é um ente de caráter superior entre os entes que se constituí pela compreensão do ser. O *Dasein* é um plano em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. É aqui que se introduz a dita diferença ontológica, sustentada pelo *Dasein*. É aqui que Heidegger ultrapassa o caráter metafísico e objetivista e o espaço fenomenológico-transcendental. *Dasein*, portanto, apresenta-se na obra de Heidegger com vários sentidos: tanto como uma “abertura do ser” como compreensão, homem, existência, vida humana (ente que no seu ser conhecemos como vida humana, ente que cada um de nós é, etc.). O que importa é que sem o *Dasein*, o ser-aí, não há compreensão, pois o *Dasein* é o ente que comprehende ser, e isso não pode esquecer quem pretende compreender a filosofia de Heidegger. Consultem-se: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 6-70; HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Prólogo, Tradução e notas de Irene Borges-Duarte. Lisboa: Fim de Século, 2003, p. 12-33; STEIN, Ernildo. *Nas proximidades da antropologia: ensaios e conferências filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 17.

16 – Para Wálber Araujo Carneiro, o discurso do Direito continua preso ao senso comum teórico dos juristas, um discurso alienado, que não possui identidade epistemológica e que se utiliza dos estudos filosóficos de modo alegórico, com o intuito único de levar a cabo as pretenções estratégicas dos atores sociais em conflito. O desencontro entre as manifestações dogmáticas do direito e os estudos filosóficos sobre padrões de racionalidade que ele deveria assumir – neste encontramos um rico debate metodológico e uma profunda reflexão sobre racionalidade e verdade das formas jurídicas – faz com que qualquer coisa possa ser sustentada no direito, diluindo-o no discurso político, esvaziando sua legitimidade. CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

17 – Como lembra Wálber Araujo Carneiro, recolhendo lições de Heidegger – do método fenomenológico que envolve as chamadas “redução”, “construção” e “destruição” –, pertence necessariamente à compreensão do ser uma “desconstrução produtiva”, uma *Destruktion*, uma crítica dos conceitos tradicionais. CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27. Consultar sobretudo: HEIDEGGER, Martin. *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Trad. Juan José García Norro. Madrid: Trotta, 2000, p. 47-48.

sairão dos bancos escolares para trabalhar com o jurídico), que poderemos ter esperanças em experimentar mudanças nos rumos do Direito, em especial para que volte a se “encontrar”<sup>18</sup> com a ética e a moral (nos moldes da cooriginariedade de que nos fala Jürgen Habermas, que, de certa forma, é endossada por Ronald Dworkin<sup>19</sup>, uma vez que este acredita que tudo começa na moralidade individual, de onde deriva, noutro nível, a moralidade política, derivando, por sua vez, desta última, o Direito como “ramo da moralidade política”<sup>20</sup>), impedindo a colonização do Direito pelas imposições do mercado e do seu correlato pragmatismo (“eficientismo”).

Em atividade de “sondagem”, realizada com os alunos da disciplina de Hermenêutica

Jurídica da Graduação em Direito, propus uma espécie de diálogo (no qual sou mais “receptor” que “emissor”) a partir da análise – e consequente explicação por parte do grupo discente – do texto escrito por Alexandre Morais da Rosa. Dessa atividade pude colher alguns dados e algumas impressões que, de certa forma, me deram alento e alguma “esperança” com relação ao futuro do Direito e sua práxis. Dito de outro modo, dão-me alguma esperança quanto ao futuro dos operadores do Direito. Alguns desses dados, das conclusões dos alunos, algumas dessas impressões, bem como algumas considerações de minha lavra, serão explicitadas a seguir. Não tenho, porém, preocupações em apontar quem foi o autor das observações, se alunos ou o Professor. Elas agora são coletivas.

Há que se dizer que restou bem claro para os estudantes de Direito que realizaram a análise do texto o fato de que os meios tecnológicos (computador e internet) são (apenas) ferramentas. São meios práticos e rápidos, eficientes, para que se possa buscar posicionamentos dos tribunais em decisões já proferidas. Não passam disso, porém. O problema é que esse “método” tornou-se “moda” entre os juristas. Não se analisa mais, assim, o problema concreto. Não se fundamenta o que se decide, pois é mais fácil “copiar” (Ctrl c) e “colar” (Ctrl v) ementas<sup>21</sup> do que analisar profundamente cada caso, “tomando” uma decisão de forma autêntica e responsável.

Embora assim seja, é possível verificar que, entre os estudantes de Direito, vem havendo uma progressiva tomada de consciência no sentido de que “ficar fora da moda pode não ser tão ruim”, pois a compreensão não pode decorrer de uma observação do que diz a jurisprudência do STF ou do STJ, a “última moda”, mas de uma racionalidade que se consolida no meio social, a partir de

18 – De fato, o Direito “se perdeu” na modernidade. Foi dominado pelo paradigma tecnológico e sedimentou a crença de que tudo pode ser pensado isoladamente em um sistema que vai dos princípios constitucionais às normas individuais e concretas, fazendo com que o problema do fundamento do Direito ainda seja deixado de lado, servindo tão-somente como uma espécie de “camada metafísica” encobridora do seu sentido. Consultar nesse aspecto: CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexa: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27-55.

19 – Consultar: DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Na obra referida, Ronald Dworkin defende a teoria da “unidade de valor”, contrária, pois, à ideia de “pluralidade de valores”. A unidade entre ética e moral, ainda, pode ser melhor pensada a partir de Jürgen Habermas. Habermas vê entre Direito e moral uma cooriginariedade e complementariedade, e não uma relação entre fonte e produto. E essa ideia não é algo absurdo. Como se sabe, uma versão inicial de “Justice for hedgehogs” foi submetida a um debate público, ainda hoje disponível no site da Universidade de Boston. Uma das objeções opostas à primeira versão do livro foi feita pelo filósofo Hugh Baxter, que sugeriu a Dworkin que sua concepção de Direito como um “ramo da moralidade”, proposta no texto até então inédito, seria melhor compreendida a partir de Habermas, ou seja, como uma moralidade “instituída” no Direito. A resposta de Dworkin reconhece a pertinência parcial da objeção e que sua visão e a de Habermas são compatíveis e complementárias. Nas palavras de Dworkin: “Hugh Baxter usefully contrasts my view of the development of law from morality with that of Jürgen Habermas. I believe the two approaches are compatible; indeed complementary. I agree that there are two tasks for legal theory: describing the way in which law is a special department of morality and the way in which it is a special branch of morality. Habermas describes the ‘positivization’ of morality into law to explain the second of these phenomena from the point of view of social theory. I try to explain the first from an interpretive standpoint. I do not see, however, how understanding either law or morality self-referential helps to resolve the circularity in what I call the two-systems approach”. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs: Response*. Disponível en: <[www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure\\_Panels.pdf](http://www.bu.edu/law/events/upcoming/documents/9.25.09RonaldDworkinBrochure_Panels.pdf)>. Recomendo, outrossim, a leitura de excelente “Justiça aos Ouriços: um ensaio sobre Justice for Hedgehogs, de Ronald Dworkin”, texto ainda inédito, de autoria de Francisco José Borges Motta (a ser publicado em coletânea organizada pelo Prof. Vicente de Paulo Barreto), que, embora sintético, expõe com profundidade o pensamento de Dworkin na obra “Justice for hedgehogs”. “Chico” Motta, em minha opinião – e sou suspeito em falar disto em razão de nossa amizade –, é, atualmente, no Brasil, uma das autoridades para falar da obra de Ronald Dworkin, falecido recentemente.

20 – Remeto, novamente, à obra de Francisco Motta.

21 – Sobre o problema do “corta” e “cola”, consultar o excelente RAMIRES, Maurício. *Critica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Dita obra é de “consulta necessária” a quem pretenda realizar uma crítica acerca do modo como se decide no Brasil.

uma tradição, de uma moral institucionalizada (Dworkin) e da concretização de princípios que introduzem o mundo prático no Direito (Streck)<sup>22</sup>.

A razão, assim, não pode ser “comercializada” com reflexões prontas, como diz Alexandre Morais da Rosa. O Direito, então, não pode deixar de atender à racionalidade para restar subjugado pela “moda”. O sujeito que decide deve atuar com responsabilidade. No Direito isso é inegociável. A prática do “menor esforço”, da “Hermenêutica do Conforto” (Morais da Rosa), é, pois, incompatível com o termo “fazer justiça”. A decisão judicial não pode, portanto, depender de “escolhas”, do que é ou não melhor economicamente ou diante da mídia. Escolher “moldes” para decidir, definitivamente, não condiz com a atividade dos juízes<sup>23</sup>. Claro que a moda causa seus impactos e não pode ser desconsiderada em meio à tradição. Mas o argumento da autoridade, “produtora da moda”, não pode invadir o espaço da reflexão. Por isso é que o Direito não pode ser o que os juízes dizem que é, como bem vem defendendo Lenio Luiz Streck<sup>24</sup>.

22 – Por isso é que, nesse sentido, “assume relevância uma concepção adequada acerca do que é um ‘princípio constitucional’, que introduz o mundo prático no direito. Ou seja, o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio ‘cotidianiza’ a regra. ‘Devolve’, pois, a espessura ao ôntico da regra. É ‘pura’ significatividade e desabstratralização. Trata-se de uma espécie de ‘redenção da existência singular da regra’ (veja-se que a regra é feita com caráter de universalidade/abstratralidade/generalidade)”. Cfe. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

23 – Há uma diferença entre “decisão” e “escolha”. Nesse sentido, “a decisão jurídica (...) não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. (...) a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (...), arbitrariedade. (...) a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-98.

24 – Para Streck, “é necessário lembrar (...) que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não

Nessa obscena relação (e comparação) entre Direito e moda é possível constatar, pois, a “decadência” do Dasein (Heidegger), que resvala para a inautenticidade ao não “estranhando” mais o mundo, terminando por se identificar com os seus semelhantes. É que, no seio do grupo social, quem não compartilha da mesma opinião é havido como “fora da moda” e, portanto, como alguém invisível. Em suma, se o STF “lançou o estilo”, disse que a roupa é “da moda”, é bonita e que tem de ser usada, a tendência é que assim seja, ainda que a singularidade do caso reste descuidada. Como os juízes querem ser “aceitos”, querem estar “dentro da moda”, seu papel se vê reduzido. Dito de outro modo, o juiz somente passa a escolher e não interpretar. Como está na moda, porém, não se incomodará com essa situação.

O jurista, no entanto, não pode consumir a “imagem”. Deve deixar que o texto se aproprie dele. E texto, como diz Lenio Streck a partir dos ensinamentos de Gadamer, é “evento”<sup>25</sup> (e é evento porque faz uma “reivindicação prática” sobre o mundo); é, enfim, o “caso que acontece”! A hermenêutica não pode ser apropriada pelo intérprete. É a hermenêutica que se apropria do intérprete. Assim, não basta aos juízes utilizar a hermenêutica como adorno. Muitos Juízes, Desembargadores ou Ministros do STF, por exemplo, “volta e meia” utilizam citações de Heidegger, Gadamer, Schleiermacher, entre outros. Tais citações, todavia, podem correr o risco de serem tão profundas quanto um “pires”. Explico. Hermenêutica (ou filosofia hermenêutica, para mudarmos um pouco o termo e nos aproximarmos mais de Heidegger) não é adorno (repiro); não é enfeite. Não pode ser adjudicada. Hermenêutica é filosofia; é filosófica. É, pois,

é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25.

25 – Cfe. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79; p. 164.

reflexão a partir de uma pré-compreensão que sempre nos escapa enquanto antecipação de sentido. Ou ela “atua” no agente como seu modo-de-ser-no-mundo, ou não há compreensão.

Decorre daí também a conclusão de que nem tudo no Direito é funcionalidade<sup>26</sup>; nem tudo no Direito é teleologia. O Direito, antes de tudo, tem um caráter deontológico, normativo. Tem, como ensina Wálber Araujo Carneiro, uma “função regulatória decisiva em sociedades complexas”<sup>27</sup>. E isso é bom que se diga. “Automatização de pensamento”, “facilidades interpretativas” e busca de “resultados

26 – Nesse sentido, contra o pragmatismo (que parece só ver funcionalidade no Direito), vejam-se, por exemplo, as críticas dirigidas no Brasil à Escola Instrumentalista (capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco) por Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira, André Karam Trindade, Francisco José Borges Motta, Maurício Ramires, Adalberto Narciso Hommerding, André Cordeiro Leal, Dierle Nunes e outros autores: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. *O “cartesianismo processual” em Terrae Brasiliis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial*. Inédito; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; RAMIRES, Maurício. *Critica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas, FUMEC, 2008; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008; NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

27 – CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 25.

rápidos”, assim, não são aquilo que se espera do Direito. Seguir pensando que essa é a “salvação da lavoura” (a moda agora é o “processo eletrônico”, apresentando-se como a “solução para todos os males”), portanto, significa apenas continuar mantendo a Hermenêutica Filosófica – e consequentemente a compreensão – separada das decisões judiciais. Daí a importância de se estudar a Hermenêutica Jurídica como disciplina cuja condição de possibilidade, no entanto, é a hermenêutica filosófica. Afinal de contas, de fato, como ensina Lenio Streck, não há uma hermenêutica “específica”<sup>28</sup>, embora tecnicamente, como “método”, possamos falar de “hermenêutica constitucional”, “hermenêutica penal”, etc. O que há, sim, são disciplinas cuja condição de possibilidade, repito, repousa na hermenêutica filosófica como modo-de-ser-no-mundo. Numa frase, para concluir em: ou os estudantes e operadores do Direito começam a compreender isso ou o Direito e as decisões judiciais, definitivamente, não têm mais solução. ■

28 – Nas palavras de Lenio: “Um dos problemas fulcrais está na própria convicção de que haveria uma ‘hermenêutica’ própria e específica para o direito constitucional, o que por si só já é uma confissão de que hermenêutica não é uma ‘questão filosófica’, mas, sim, epistemológica. Fosse possível a existência de uma ‘hermenêutica específica’ para tratar do direito constitucional, e teríamos que admitir as diversas ‘hermenêuticas regionais’ (hermenêutica do direito penal, civil, etc.). De igual maneira, teríamos que admitir que interpretar o direito é uma mera técnica e não um modo de compreender (modo de ser)”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidio conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51.

# Fórum de múltiplas portas: a experiência do New York Peace Institute em mediação



**Charlise P. Colet Gimenez**  
Advogada



**Josiane Caleffi Estivalet**  
Juíza de Direito

Frank Sanders, professor emérito da Universidade de Harvard na conferência nacional em homenagem a Roscoe Pound<sup>1</sup> – *Varieties of Dispute Processing* de 1976, apontou as dificuldades encontradas no Judiciário norte-americano e propôs a introdução de um novo Fórum denominado por ele como “Fórum Múltiplas Portas”.

“O Fórum Múltiplas Portas busca racionalizar o tratamento das controvérsias, na medida em que disponibiliza, num mesmo tribunal, diversos procedimentos, de modo a lograr êxito para uma possível solução do litígio.”<sup>2</sup>

Ou seja, a pessoa interessada em solucionar o seu conflito se dirige a um local específico onde são ofertadas diversas formas/mecanismos de resolução de conflitos, através de múltiplos programas, a partir de mecanismos que consideram as características específicas de cada disputa. O problema é submetido a uma avaliação prévia, por pessoal especializado, que indica ao interessado qual(ais) a(s) opção(ões) disponível(eis) para por fim a sua demanda, racionalizando o tratamento da controvérsia.

Em agosto de 2012, tivemos a oportunidade de acompanhar a viagem de estudos a Nova York<sup>3</sup> para averiguar, *in locu*, o

1 – Decano de Harvard Law School que em 1906 apontou a insatisfação popular com a administração da justiça americana.

2 – Luthyana Demarchi de Oliveira e Fabiana Marion Spengler, *in O Fórum Múltiplas Portas como Política Pública de Acesso à Justiça e à Pacificação Social*, Ed. Multideia, Curitiba, 2013.

3 – Multidoor Courthouse System, Avaliação e Implementação do Sistema de Múltiplas Portas (Multiportas) como Instrumento para uma Prestação Jurisdicional de Qualidade, Célere e Eficaz, Edital n. 020/2010/CAPES/CNJ. Instituição Líder Universidade de Fortaleza (UNIFOR),

funcionamento do Fórum de Múltiplas Portas. Acompanhadas da Professora Alexandra Carter, diretora do *Mediation Clinic at Columbia Law School at Columbia University* foram feitas visitas não somente às instalações da Columbia University, bem como à Civil Court of the City of New York, ao Eastern District of New York, à Federal Court e ao New York Peace Institute, Brooklyn Mediation Center sobre o qual nos debruçaremos no presente trabalho.

O Brooklyn é o mais populoso dos 62 condados que formam o estado americano de Nova York e um dos cinco distritos (*boroughs*) da cidade de Nova York. Sua diversidade cultural é explorada em todos os níveis artísticos, cinema, teatro, música, etc. Já teve fama de ser um bairro violento, preferido pelos negros e imigrantes.

O New York Peace Institute, localizado no coração do Brooklyn (210 Joralemon Street, Suite 618), existe desde 1981. É mantido pela Prefeitura de Nova York e dedica-se à pacificação social, especialmente à prática da mediação. Os serviços são absolutamente gratuitos e confidenciais. Os mediadores atuam de forma voluntária, têm formação específica, pois são treinados e credenciados. A ele estão vinculados os Mediadores Sem Fronteiras (Mediators Beyond Borders), que atuam em grandes conflitos mundiais, também de forma gratuita e voluntária.

A mediação realizada no instituto mencionado, à semelhança do que vem sendo feito no Brasil, a partir da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, é conduzida por um terceiro, chamado de “mediador”, cujo objetivo é auxiliar a comunicação das partes em conflito, possibilitando que elas cheguem a um entendimento. Ao mediador não é atribuída a tarefa de julgar, nem conciliar, pois as decisões deverão ser tomadas pelos próprios mediandos.

coordenadora-geral Profa. Dra. Lilia Maia de Moraes Sales. Instituição Participante: Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), coordenadora da instituição participante Profa. Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler.

O interessante é que a fachada New York Peace Institute em nada se assemelha a dos Tribunais. No caso de Brooklyn, o *Mediation Center* é uma das inúmeras “portas” que o sistema de Múltiplas Portas oferece, com a intenção de promover paz social, não importando a natureza ou a complexidade da disputa, na qual o mediador fica em patamar de igualdade aos envolvidos no dissenso<sup>4</sup>, coordenando uma mesa redonda, auxiliando na edificação da paz ou, ao menos, na construção do diálogo, no mais das vezes congestionado, quando não perdido de todo. Ou seja, os conflitantes têm a oportunidade de narrar, do seu ponto de vista, o conflito como um todo e não apenas seus aspectos jurídicos, como o fazem os operadores do direito.



4 – O espaço de trabalho do mediador é perpassado por reflexões das relações de poder. Uma visão desse campo se baseia fundamentalmente num poder do tipo horizontal, entre iguais, um pacto entre iguais, entendido como uma primeira concordância entre os indivíduos agrupados em um campo comum. Qual a importância disso? A percepção de que não há uma relação entre semelhantes, permite que as decisões sejam obtidas em função de acordos, sendo esses vistos como representações de interesses de unanimidade e não mais da maioria, deixando ao princípio majoritário decisões que digam respeito a interesses mais gerais (CARDOSO, 2006, p. 67).

O seu interior também é simples, porém aconchegante. Na imagem que vemos logo abaixo se percebe que não há nenhuma

suntuosidade. O ambiente é limpo, arejado, silencioso e iluminado. Não há nada que o relate ao Estado ou religião.



A ideia central do New York Peace Institute é fazer com que as pessoas percebam que o conflito é inerente à vida em sociedade e que a sua solução exige, dos envolvidos, investimento de toda ordem, especialmente emocional, tanto que uma de suas bandeiras é “Conflict Happens. Your Dispute won’t resolve itself”. Outrossim, procuram apresentar o conflito como oportunidade de mudança construtiva, de aprimoramento das relações, desde que compreendido não apenas dentro dos seus limites individuais, mas também respeitada a sua complexidade e profundidade.

Outra proposta do Instituto é estar sempre disponível, com o lema “Let us get in the middle”, no sentido de que todo e qualquer conflito, não importando quão difícil, tenso ou complexo for, possa ser enfrentado valendo-se da ajuda de profissionais especializados que

auxiliarão na construção de uma resolução, inclusive nas áreas de família, escola, consumidor, vizinhança, disputas trabalhistas, locação, etc.



"I FELT HEARD. I FELT SUPPORTED. I FELT THE MEDIATORS WERE IMPARTIAL AND PROFESSIONAL, YET CARING AND WARM."

**“Enquanto que no processo judicial tradicional normalmente os envolvidos se portam com hostilidade crescente, ocupando papéis notoriamente secundários, na medida em que os seus advogados atuam como interlocutores; na mediação, há um resgate da comunicação sem interlocutores...”**

Enquanto que no processo judicial tradicional normalmente os envolvidos se portam com hostilidade crescente, ocupando papéis notoriamente secundários, na medida em que os seus advogados atuam como interlocutores; na mediação, há um resgate da comunicação sem interlocutores, ou seja, de forma direta. É uma oportunidade de que os protagonistas do conflito se apropriem do mesmo mediante a condução do mediador, que administra a situação trazida pelos mediandos sem emitir juízos de valor ou julgamentos.

NEIGHBOR • ROOMMATE • LANDLORD • TENANT • PARENT  
 CHILD • COWORKER • BOSS • NOISE • TEACHER • RENT  
 STUDENT • FRIEND • SCHOOL • HOUSING AUTHORITY  
 CUSTODY • VISITATION • BUSINESS PARTNER • DOCTOR  
 RELATIVE • MEDICAL CLAIM • CONTRACTOR • INSURANCE  
 COMPANY • MOTHER • FATHER • SISTER • TEEN • RENT  
 DEBT MANAGEMENT • CIVIL CLAIM • PARENTING ISSUES  
 JUVENILE ISSUES • TRUANCY  
 BUILDING MANAGEMENT • EMPLOYER  
 EMPLOYEE • MATE • ELDER CARE  
 COMPANION • IN-LAWS • HARASSMENT • FRIEND  
 RELATIONSHIP • INSTITUTION • NOISE • EX-HUSBAND • CLIENT  
 BUSINESS PARTNER • REPAIRS • GROUP • DIVORCE  
 EDUCATIONAL INSTITUTION • RESPECT • FAMILY MEMBER  
 PROPERTY • PARENT • WORKPLACE • NEIGHBOR • NOISE  
 EMPLOYMENT • ASSAULT • RENT DISPUTE  
 ACQUAINTANCE • BREACH OF CONTRACT  
 SPECIAL EDUCATION • CHILD • FRIEND

**PROBLEM WITH . . . ?**



Ressalta-se, igualmente, que o New York Peace Institute realiza círculos restaurativos na seara criminal, em especial em crimes de menor potencial ofensivo ou com ato infracional. Da mesma forma, atua no âmbito escolar, com um projeto específico para mediação de conflitos entre pais, professores e direção escolar para crianças diagnosticadas com déficit de atenção, as quais devem ser submetidas a tratamento especial, a partir da determinação da legislação municipal, o que tem acarretado resistência pelos pais.

Na visita realizada, verificou-se que ainda há uma resistência natural do ser humano ao reconhecimento do tratamento extrajudicial do conflito, porém o New York Peace Institute revela-se como manifesto de uma nova cultura cidadã, a qual é caracterizada pela valorização da pessoa enquanto ser humano e pelo pacto entre iguais, fomentando a cooperação, o entendimento e a justiça social, por consequência. As práticas por ele fomentadas restabelecem as relações sociais entre as partes envolvidas em um conflito, resgatando os sentimentos/necessidades de cada um, minimizando, por conseguinte, os danos causados às partes e suas respectivas famílias e comunidades. ■

**MEDIATION WORKS.** Even the most difficult and tense disputes can be worked out with the help of a neutral professional mediator. Our mediation services are **FREE**, **SAFE**, and **CONFIDENTIAL**. If you or someone you know could benefit from our services, contact us today.

**LET US GET IN THE MIDDLE.**

**MANHATTAN:** 212.577.1740   **BROOKLYN:** 718.834.6671  
[INFO@NYPEACE.ORG](mailto:INFO@NYPEACE.ORG)   [WWW.NYPEACE.ORG](http://WWW.NYPEACE.ORG)



# As ferramentas de análise de risco de operação de crédito



Foto: arquivo pessoal

**Fernando Smith Fabris<sup>1</sup>**  
Advogado e Professor

O objetivo do presente trabalho é investigar a natureza e o regime jurídico aplicável às chamadas “ferramentas de análise de risco de operação de crédito”, mais conhecidas pelas múltiplas denominações que têm nos mercados nos quais são ofertadas<sup>2</sup>.

A expressão “ferramenta” não traduz qualquer conceito jurídico, sendo necessária a busca de mais elementos para alguma conclusão sobre a natureza jurídica do tema em questão.

Em pesquisa aos sítios das pessoas jurídicas, nos quais estão relacionadas essas ferramentas, verifica-se que as duas primeiras são empresas que se autodenominam “bureau

de crédito”, e a terceira é uma associação de lojistas sem finalidade econômica, tendo em comum a prestação de serviços: as duas primeiras, a qualquer cliente; a terceira, exclusivamente a seus associados.

Da leitura dos referidos sítios, conclui-se que a expressão “bureau de crédito” revela uma atividade auxiliar aos ofertantes de produtos ou serviços que vendem a crédito, especificamente pelo fornecimento de informações que permitiria uma deliberação mais segura na concessão desse crédito.

Com esses elementos, já é possível uma conclusão inicial sobre a natureza jurídica da expressão “ferramenta”, que tem cunho meramente de gestão, ao revelar, de fato, uma relação de prestação de serviço não específica, portanto regulada pelo art. 593 e segs. do Código Civil<sup>3</sup>.

A leitura, igualmente, dos sítios acima referenciados permite também compreender que a expressão “ferramenta” é utilizada em razão da automatização da relação que se estabelece entre o prestador de serviço e o tomador, pois o contato entre ambos ocorre mediante o acesso deste à página da internet daquele, sem um contato presencial.

A origem desse tipo de serviço no Brasil naturalmente se deu no ambiente das associações de lojistas, especificamente no compartilhamento de informações sobre inadimplência que lojistas de uma determinada região (p. ex.: Porto Alegre) passaram a realizar a fim de evitar prejuízos na sua atividade<sup>4</sup>, bem como entre as instituições financeiras<sup>5</sup>.

3 – Art. 593. A prestação de serviço, que não estiver sujeita às Leis Trabalhistas ou à Lei Especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo.

4 – [http://www.cdlpoa.com.br/PORTAL/conheca\\_a\\_cdl/historico.aspx](http://www.cdlpoa.com.br/PORTAL/conheca_a_cdl/historico.aspx), acesso em 31-07-2013.

5 – Nesses dois ambientes surgiram os principais serviços dessa natureza no Brasil, vinculados aos lojistas pelo uso da expressão

1 – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5252560197959216>.

2 – Decisor Serasa Experian (<http://www.serasaexperian.com.br>), SCPC Score Crédito (<http://www.boavistaservicos.com.br>) e Crediscore/Crediscan (<http://www.cdlpoa.com.br>), acesso em 31-07-2013.

A operacionalização inicial desse sistema de compartilhamento de informações era realizada por consultas telefônicas, sendo a resposta realizada após a verificação de fichários que continham as informações sobre determinado consumidor.

Com o desenvolvimento tecnológico, o compartilhamento dessas informações passou a se dar por meio de acesso remoto pela utilização de computadores, e os fichários se transferiram para dentro desses equipamentos, conformando os chamados “bancos de dados” das instituições mantenedoras do serviço.

**“Nesse contexto, apresentam-se as chamadas ferramentas de análise de risco de operação de crédito, como serviços fortemente calcados em tecnologia de informação e critérios objetivos para concessão de crédito.”**

O serviço prestado pelos “Bureau de Crédito” está alicerçado, então, pela utilização de programas de computador (*software*) e banco de dados (*informação*), que na sua operacionalização diária dispensa o contato presencial entre o prestador e o tomador do serviço.

Ultrapassada a caracterização do ofertante desse serviço (bureau de crédito), cumpre investigar o destinatário do serviço, normalmente aquele que pratica atividade

SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) ou SCPC (Serviço Central de Proteção ao Crédito) e às instituições financeiras com a denominação SERASA. Atualmente esse ambiente de ofertantes se modificou no Brasil. Houve a constituição no âmbito nacional de uma empresa denominada Boavista Serviços e a aquisição da SERASA pela multinacional *Experian*, sendo esses os dois principais ofertantes desse tipo de serviço na atualidade.

econômica por intermédio da oferta de produtos ou serviços, viabilizada pela concessão de crédito nas chamadas operações de varejo.

A concessão de crédito envolve a reflexão daquele que está na posição de potencial concedente sobre a pertinência de, no processo obrigacional, realizar primeiro a prestação para depois receber a contraprestação.

Em circunstâncias ideais, essa reflexão exigiria informações sobre o beneficiário em medida suficiente para assegurar uma resposta positiva à demanda de crédito.

No passado, especialmente no âmbito do varejo, esse procedimento tinha um conteúdo altamente subjetivo, pois envolvia a formação pelo varejista de uma equipe para realizar a investigação sobre a pessoa do candidato ao crédito, além do fornecimento por este de diversos documentos e informações capazes de demonstrar sua capacidade de adimplir a obrigação contratada.

Com o chamado fenômeno de “popularização” do consumo e do crédito, esse procedimento foi tornando-se custoso e demorado, pois a manutenção de uma equipe de análise de crédito somente se justifica para grandes negócios, onerando em demasia o pequeno e médio empreendedor.

A consequência foi o surgimento de formas alternativas para análise de crédito, por meio de critérios mais objetivos, mais mecânicos e naturalmente mais baratos para o varejista<sup>6</sup>.

Essa opção certamente traz, num primeiro momento, uma perda de qualidade na análise de risco de uma operação de crédito em favor da celeridade e do baixo custo antes referido. Abandona-se a análise exclusiva do perfil do potencial beneficiário do crédito em favor da construção de um sistema que considera o padrão médio de conduta do consumidor como referência para atribuição de um grau maior ou menor de confiança para concessão do crédito.

6 – Situação muitas vezes enfrentada pelo Processo Civil.

A idade<sup>7</sup>, a localização em que o negócio está sendo realizado<sup>8</sup>, a formação do candidato ao crédito são exemplos objetivos que passaram a ser utilizados na aferição dos parâmetros de concessão, ou não, de crédito.

Nesse contexto, apresentam-se as chamadas ferramentas de análise de risco de operação de crédito, como serviços fortemente calcados em tecnologia de informação e critérios objetivos para concessão de crédito.

A questão, então, passa a identificar o regime jurídico que alcança esse tipo de atividade, segundo objetivo da presente investigação, vez que o tema é motivo de inúmeras demandas direcionadas ao Poder Judiciário.

Considerando a natureza jurídica dessa “ferramenta”, enquanto contrato de prestação de serviço entre o “bureau de informação” e o varejista, regulado, em princípio, pela regra geral do art. 593 e segs. do CC, cumpre, ainda, investigar a extensão dos seus efeitos para as regras de proteção do consumidor, vez que normalmente são fundamento para as irresignações postas em juízo.

Em uma análise superficial, a relação havida entre o “bureau de crédito” e o varejista não estaria alcançada pelas normas do CDC. Porém, considerando que a avaliação do risco de determinada operação de crédito implica um efeito em relação ao candidato à concessão de crédito, inegável que esse é consumidor definido no art. 2º da Lei n. 8.078/90.

As chamadas “ferramentas” de análise de risco de operação de crédito são serviço e, como tal, não se enquadram nas disposições do art. 43 do CDC. Porém, não se pode desconsiderar que esse serviço se utiliza de informações para avaliar determinada operação que relaciona fornecedor e consumidor.

E é, exatamente, a fonte dessas informações que são utilizadas na aferição da operação de crédito que definirá a necessidade

de atendimento do disposto no art. 43 do CDC.

Nesse sentido, as informações do consumidor a serem utilizadas na prestação desse serviço podem ter as mais variadas fontes, a saber, dados do arquivista de crédito, dados fornecidos pelo próprio consumidor no momento de realização da análise, dados obtidos de fontes públicas a partir de informações básicas como nome, CPF, conta de luz, TV a cabo, telefonia, etc.

A aplicação do art. 43 do CDC está adstrita às informações constantes de banco de dados relativos à inadimplência de operações de crédito (arquivos restritivos)<sup>9</sup>, não alcançando, por motivos óbvios, as informações disponibilizadas pelo consumidor no momento da operação, tampouco, as obtidas nas chamadas fontes públicas.

Além disso, também podem compor essa análise as informações da própria operação (valor, número de prestações), bem como os parâmetros mercadológicos objetivos escolhidos pelo varejista para comparar aquela operação de crédito com operações semelhantes que formam o critério objetivo antes referido.

Essas informações que formam o “corte” de crédito do varejista, que o diferencia em relação aos demais, não se enquadram na hipótese do art. 43 do CDC, pois não têm qualquer elemento ou informação nominal do consumidor/candidato ao crédito.

Com isso, entendemos ter alcançado o objetivo inicialmente proposto de identificar a ferramenta de análise de risco de operação de crédito como um contrato de prestação de serviço entre o “bureau de crédito” e o varejista, tendo como regime jurídico o disposto no Código Civil, sendo alcançado pela legislação consumerista exclusivamente em relação às informações utilizadas que fazem parte dos cadastros restritivos de crédito. ■

7 – Como no caso do seguro de automóvel.

8 – A não aceitação de cheques em postos de gasolina localizados em rodovias.

9 – Espera-se que tenham sido previamente notificadas sobre o registro quando inseridas no âmbito do serviço de proteção ao crédito. Não se imagina a necessidade de uma nova notificação quando da sua utilização pelo serviço de análise de risco de operação de crédito.

# Observatório Unilasalle de Análise Crítica de Jurisprudência das Cortes de Justiça do RS: um breve relato das atividades de pesquisa



Foto: arquivo pessoal

**Maria Cláudia Cachapuz**

Juíza de Direito no RS.

Professora Universitária do Unilasalle.

**Sumário:** Introdução. 1<sup>a</sup> Parte: Contribuições científicas da proposta de pesquisa. 2<sup>a</sup> Parte: A metodologia empregada e a adesão de colaboradores. Referências.

## Introdução

Numa breve exposição, o objetivo central da pesquisa desenvolvida pelo Observatório Unilasalle de Análise Crítica de Jurisprudência das Cortes de Justiça do RS junto à Faculdade de Direito e ao Projeto de Mestrado em Direito

do Unilasalle/Canoas é o de desenvolver o exercício acadêmico a partir do estudo científico aplicado à experiência jurídica, com isto visando a contribuir para a construção doutrinária do Direito. Por certo, a experiência, ainda que produzida no âmbito acadêmico, visa, por meio do compartilhamento de ideias e de conhecimento, a interferir na construção da experiência judicial e extrajudicial, contribuindo para a construção de institutos jurídicos, enunciados normativos (legislação) e, de forma especial, de precedentes judiciais (jurisprudência).

De forma direta, visa, ainda, à construção da crítica judicial responsável pela análise de jurisprudência produzida pelos colegiados gaúchos, efetuando a gênese crítica, tal qual acentuada pelos doutrinadores da Teoria do Discurso Jurídico, como Robert Alexy, e pretendida a partir da concepção de uma sociedade institucionalmente plural e complexa. O que, por certo, despertará o confronto de ideais, pressupondo um debate aberto e livre do ponto de vista acadêmico – circunstância esta que contribui, sobremaneira, para o reconhecimento acadêmico quanto à seriedade do trabalho científico desenvolvido.

Indiretamente, a pesquisa interfere, positivamente, sobre seus leitores e consumidores da informação, de forma a permitir uma multiplicação do conhecimento e eventual aproveitamento em projetos da experiência prática, na troca de referências teóricas e especialmente no âmbito de construção de sistemas normativos (leis) e decisórios (jurisprudenciais).

O objeto imediato da pesquisa traduz-se no desenvolvimento, em fases distintas – iniciando-se nos dois primeiros anos com o mapeamento de decisões das Câmaras de Direito Privado do TJRS –, de um Observatório de Análise Crítica da Jurisprudência das Cortes gaúchas, conforme trabalho já em curso junto ao Unilasalle. O objetivo é o de mapear em número (quantidade) e argumentos (qualidade) um conjunto de decisões colegiadas proferidas sobre determinado tema jurídico, buscando-se, por meio de método comparativo, confrontar os resultados obtidos à construção da doutrina existente sobre o mesmo tema, identificando, ainda, as situações de impacto junto à sociedade, para a propositura de ações que possam auxiliar na resolução dos conflitos identificados em concreto. O que não exclui, conforme o caso, até mesmo a propositura de solução normativa que possa amenizar a situação de conflito identificada em concreto.

Parte-se, portanto, da análise de uma situação concreta de construção jurídica (realidade concreta particular) – a formalização de decisões para o caso –, mapeando-se e testando-se a realidade judicial frente ao encaminhamento proposto normativamente no sistema jurídico (realidade abstrata e universal) e por meio acadêmico doutrinário (realidade interpretativa).

A pretensão é a de construir um elemento de crítica científica ao sistema judicial, devolvendo a análise jurídica realizada aos próprios aplicadores do Direito, tanto mediante a constatação de uma determinada realidade jurisprudencial, como em face de uma realidade interpretativa complementar, reconhecendo-se determinadas medidas de impacto sociais, conforme o caso, com a construção doutrinária imposta.

#### **1ª Parte: Contribuições científicas da proposta de pesquisa**

A partir do exame das Teorias Sociais do Direito, a proposta de pesquisa acadêmica,

em Mestrado em Direito, preocupa-se em compreender o estudo da ética do Direito a partir do pensamento de teóricos do Discurso Prático e Jurídico, como Jürgen Habermas e Robert Alexy, buscando identificar a extensão e a aplicação, do ponto de vista jurídico – e não apenas filosófico –, da teoria do processo comunicativo junto às decisões judiciais proferidas, no âmbito colegiado, e que impactam sobre as relações privadas.

**“A proposta, portanto, é de exame da experiência jurídica aplicada – numa fase inicial, no âmbito das relações privadas, seja em relação ao direito de personalidade, seja em relação às relações intersubjetivas fundadas nos direitos de propriedade e dos negócios jurídicos –...”**

O projeto marca uma opção pelo entendimento de que a modernidade se não é um projeto inacabado, é, sim, um projeto, ainda, em construção. Adere-se à compreensão de que não há uma nova visão de mundo capaz de permitir uma diversa ótica filosófica que venha a interferir, de forma significativa, também na seara jurídica. Segundo Habermas, chega-se, ao máximo, ao entendimento de que “o paradigma do conhecimento de objetos deva ser substituído pelo paradigma do entendimento entre sujeitos capazes de falar e agir”, daí firmando a aposta no processo comunicativo como instrumento de ética ao discurso, a ponto de ser um meio e não um fim em si mesmo. Não se desconhece, por consequência, a existência de um movimento suficientemente

organizado no campo jurídico em relação ao conhecimento de uma postura pós-moderna, principalmente em autores que fundam a ideia de pluralismo no processo, na valorização subjetiva dos sentimentos e na busca de uma normatividade voltada à narração (à explicitação de conceitos e condutas). Apenas, testando uma compreensão diversa, visa-se a resgatar o binômio **universalidade** (igualdade) – **particularidade** (indivíduo) no campo de análise dogmática – e ora aplicado à pesquisa para efeito de realização de testagem empírica, como condição fática ao enfrentamento do conteúdo dos precedentes jurisprudenciais –, de forma a compreendê-lo e estruturá-lo na experiência jurídica.

A proposta, portanto, é de exame da experiência jurídica aplicada – numa fase inicial, no âmbito das relações privadas, seja em relação ao direito de personalidade, seja em relação às relações intersubjetivas fundadas nos direitos de propriedade e dos negócios jurídicos – a partir do discurso prático e comunicativo proposto pelos teóricos do discurso jurídico, identificando-se os reflexos desta concepção político-filosófica para a solução dos problemas encaminhados à discussão no âmbito do processo judicial ou de experiências extrajudiciais de resoluções de conflitos, caso compreendido como possíveis.

Para o desenvolvimento de tal projeto de pesquisa, fundamental se apresenta o desenvolvimento mais amplo da compreensão dopensamentomoderno,dassuascontradições e de seus intérpretes, buscando bases seguras à interpretação do Estado Democrático de Direito e de seus reflexos no âmbito das relações privadas, observadas as discussões acerca das concepções – e oposições – liberal e republicana de Estado, das teorias interna e externa de restrições a direitos fundamentais e das aplicações práticas dos princípios de igualdade e liberdade nas relações entre particulares. Relações essas que implicarão no confronto entre esferas pública e privada do relacionamento humano, de forma a debater,

a partir do discurso jurídico, temas centrais do Direito, como o direito de personalidade (transferências de dados, direito à intimidade e à vida privada, bioética, disposição sobre o próprio corpo), o direito de propriedade (função social da propriedade, direitos reais e interesse de terceiros de boa-fé, restrições à disposição e ao direito de propriedade) e o direito contratual (função social dos contratos, validade e eficácia dos negócios jurídicos, relações contratuais complexas).

Trata-se, portanto, de um projeto de pesquisa que, embora trabalhe a partir de um foco de pesquisa específico – a teoria social do Direito a partir do traço da modernidade no pensamento de Jürgen Habermas e pensadores afins (Robert Alexy, Karl-Otto Apel) –, permite, pela construção do discurso jurídico, um extenso universo de pesquisa sobre as relações jurídico-privadas (personalidade, propriedade privada, contratos). Ademais, trata-se de foco de pesquisa que não afasta o exame do impacto das novas tecnologias e conhecimentos técnicos sobre a modernidade e eventuais reflexos na forma do pensar que se estruturam a partir do confronto da experiência empírica sobre o conhecimento científico, especialmente em face das soluções concretas identificadas nas decisões colegiadas dos tribunais gaúchos.

O projeto, ainda que contenha um forte apelo teórico, para efeito de pesquisa, não dispensa o trabalho de campo, pela possibilidade – conforme o tema específico proposto –, de coleta de material jurisprudencial, mediante levantamento empírico e estatístico de decisões a respeito do tema que seja objeto de pesquisa.

Na construção de uma gênese crítica, o projeto de pesquisa, de forma mais abrangente, não dispensa ainda o desenvolvimento de um veículo de mídia impressa/eletrônica que divulgue e estimule o debate das ideias vinculadas ao pensamento moderno – numa espécie de metalinguagem do próprio processo comunicativo –, em que se torna

fundamental a busca de contribuição de pensadores e de intérpretes da modernidade, além da contribuição dos docentes e alunos da instituição que estejam desenvolvendo o trabalho específico sobre o tema proposto.

Nesse sentido, o trabalho de pesquisa já iniciado junto ao Unilassale, propõe, numa primeira fase, o mapeamento de dados – coleta das decisões colegiadas relativas a determinado tema – sobre a jurisprudência, listando número de processos decididos sobre determinado tema em 2º Grau (fase recursal) e colhendo argumentos relacionados à fundamentação das decisões, para confrontação à normatividade e doutrina. Numa segunda fase, a proposta é de devolução desses dados aos aplicadores do Direito, mediante veículo de mídia impressa/eletrônica, proporcionando o conhecimento amplo dos dados colhidos e da metodologia de pesquisa empregada. Por fim, esta devolução de dados seguirá acompanhada de um instrumento de crítica acadêmica acerca dos argumentos colhidos, seja para possibilitar a confrontação do conjunto de decisões à interpretação doutrinária e normativa existente, seja para propor, de forma interdisciplinar a outras áreas (saúde, educação, memória), soluções diversas pelo impacto social causado pelas decisões.

## **2ª Parte: A metodologia empregada e a adesão de colaboradores**

A pesquisa compõe-se da seguinte metodologia de trabalho empírico para testagem da jurisprudência das cortes gaúchas:

A. Fase Preliminar: escolha de temas de impacto social e que tenham repercussão jurisprudencial significativa, seja em número de acórdãos, seja em qualidade de argumentação e impacto concreto.

B. 1ª Fase: mapeamento da jurisprudência referente ao tema, com elaboração de planilhas quantitativas e qualificativas do assunto proposto à pesquisa.

C. 2ª Fase: confrontação dos resultados

obtidos às soluções existentes (normativas e doutrinárias), identificando-se, ainda, o impacto social das decisões – quando possível –, colhendo-se, conforme o caso, dados externos complementares à pesquisa – levantamento de indicadores sociais, entrevistas, oitiva de interlocutores dos processos (partes, Ministério Público, Estado). Devolução das conclusões obtidas – quanto aos dados e estudos comparativos – por meio de veículo de mídia impressa/eletrônica relacionado ao meio acadêmico (Unilasalle).

D. 3ª Fase: consolidação de um instrumento/veículo permanente de análise crítica à jurisprudência das cortes gaúchas (Observatório de Análise Crítica de Jurisprudência das Cortes Gaúchas).

A aderência dos colaboradores à pesquisa é fundamentada na vinculação dos pesquisadores ao Projeto Mestrado em Direito e Sociedade do Unilasalle, estando as professoras, proponente e colaboradora, vinculadas, conforme projetos de pesquisa identificados de forma curricular, à linha de pesquisa relacionada à Efetividade do Direito na Sociedade, responsáveis pelas disciplinas de Sociedade Contemporânea e Relações Privadas (Maria Cláudia Mércio Cachapuz) e Efetividade das Normas Constitucionais (Selma Rodrigues Petterle).

De outra parte, como professoras nas áreas de Direito Privado e Direito Público do Curso de Graduação em Direito, as pesquisadoras contam com o auxílio de alunos bolsistas – Jáfia Elias Ferreira, Cláudia Mietlicki Nunes e Natália Rosa Muniz Barreto –, tanto em caráter interno/vinculado como voluntário, permitindo a devolução do conhecimento gerado no Observatório à experiência de sala de aula na graduação (*ensino lato sensu*), para efeito de aprimoramento dos próprios alunos. Ademais, trata-se de pesquisadoras

vinculadas ao Laboratório Direito e Sociedade do Unilasalle, instituído como espaço de pesquisa acadêmica no Unilasalle/Canoas, relacionado tanto à Coordenação da Graduação em Direito quanto ao projeto Mestrado em Direito.

Por fim, ressalta-se que o projeto de pesquisa Observatório Unilasalle de Análise Crítica de Jurisprudência das Cortes de Justiça do RS, em desenvolvimento desde julho de 2013, inaugura a pesquisa em três temas de impacto no Direito Privado – (i) posicionamento das Câmaras Cíveis do TJRS em relação à indenizabilidade e à quantificação do dano por perda de chance; (ii) posicionamento das Câmaras Cíveis do TJRS em relação à aplicação do art. 187 do Código Civil para a caracterização de hipótese de ato ilícito; e (iii) posicionamento das Câmaras Cíveis em relação à aplicação direta dos arts. 21 e 20 do Código Civil para a solução de conflitos de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (intimidade, vida privada, honra e imagem), estabelecendo-se um comparativo à fundamentação com base no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal (dignidade da pessoa humana) –, esperando apresentar as primeiras conclusões críticas ainda em meados do segundo semestre de 2013. ■

## Referências

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, Distribuciones Fontamara, 1993.
- \_\_\_\_\_. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá-Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2<sup>a</sup> edição. Madrid, CEPC, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Teoría del discurso y derechos humanos*, 3<sup>a</sup> reimpressão. Bogotá-Colombia. Universidad Externado de Colombia, 1995.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia II. O a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo, Edições Loyola, 2000.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 10<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo, Companhia das Letras, 1999.
- \_\_\_\_\_. *El pensar y las reflexiones morales*. In: ARENDT, Hannah. *De la historia a la acción*. Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Reflections on little rock*. *Dissent*, New York, 6 (1), inverno, 1959.
- ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoría discursiva del derecho*. Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid, CEPC, 2000.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. São Paulo, Landy, 2000.
- \_\_\_\_\_. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de Filosofía del Derecho – Doxa, n. 24, 2001.
- BICCA, Luiz. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo, Edições Loyola, 1997.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2<sup>a</sup> edição. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *A obrigação como processo*. São Paulo, Bushatsky, 1976.
- \_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.
- DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas*. A reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8<sup>a</sup> edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESSER, Josef. *Precomprendione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961.

- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- FREITAG, Bárbara (org.). Habermas. Sociologia. São Paulo, Editora Ática, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *Histórica y lenguaje: una respuesta*. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona, Ediciones Piados, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3<sup>a</sup> edição. Petrópolis, Vozes, 1999.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. São Paulo, Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa, Instituto Piaget, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volumes 1 e 2. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.
- \_\_\_\_\_. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: ROUANET, Sergio Paulo (org.). *Habermas: sociologia*. São Paulo, Editora Ática, 2001, p. 100-118.
- \_\_\_\_\_. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- HECK, Luís Afonso. *A filosofia do direito de Robert Alexy: a institucionalização da razão*, no prelo.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 29, jan./mar., 1999.
- \_\_\_\_\_. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, ano 89, vol. 781, nov., 2000.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da faculdade do juízo*, 2<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Lógica*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1999.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 3<sup>a</sup> reimpressão. São Paulo, Companhia das Letras, 1988.
- \_\_\_\_\_. Filosofia do direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta “o que é a Filosofia do Direito?”. In: LAFER, Celso e outros. *O que é a Filosofia do Direito?* Barueri, SP, Manole, 2004, p. 51-73.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, tomo I. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958.
- \_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*, 2<sup>a</sup> edição. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LOPARIC, Zeljko. *Sobre a responsabilidade*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado* (int. e org.). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. O direito privado como um “sistema em construção” (As cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 15, ano 1998.
- \_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- PALMER, Richard E. *Hermenéutica*. Lisboa, Edições 70, 1969.
- QUINE, W. V. *Methods of logic*. Massachusetts, Harvard University Press, 1982.
- RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *RPGE*, vol. 25. Porto Alegre, 1979.
- ROTHENBURG, Walter Claudio. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo, Companhia das Letras, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. Campinas, SP, Edicamp, 2001.
- VELASCO, Marina. *Ética do discurso. Apel ou Habermas?* Rio de Janeiro, Mauad Editora, 2001.

# Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: política pública implementada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>1</sup>



**Cecília Laranja da Fonseca Bonotto**  
Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santiago

**Resumo:** Esta obra tem como tema central a abordagem da Política Nacional de Conciliação implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como a sua adoção pelo TJRS. Em razão do aumento da demanda judicial e a consequente crise no Poder Judiciário, através da Emenda Constitucional n. 45, foi criado o Conselho Nacional de Justiça. O Conselho Nacional de Justiça, como integrante do Poder

Judiciário, visando, através de uma política pública nacional, a maximizar a prestação jurisdicional e oferecer uma Justiça mais célere e justa, através da Resolução n. 125, determinou a implantação da Política Nacional da Conciliação. Desse modo, o Poder Judiciário, utilizando os métodos alternativos de solução de conflitos, a conciliação e a mediação, espera oferecer uma jurisdição mais rápida, contribuir para a pacificação social e diminuir o número de ações judiciais. O TJRS, visando a cumprir as determinações da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, instalou no RS quatro centrais de conciliação e mediação, entre elas a Central Judicial de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas. Os resultados apresentados por esse órgão demonstram que as conciliações, embora não apresentem um número expressivo, têm se revelado um mecanismo célere e eficaz na busca da resolução de conflitos e pacificação social.

**Palavras-chave:** Política Nacional da Conciliação. Celeridade. Pacificação Social. Centros de Conciliação e Mediação.

## **Lista de siglas**

AMB	Associação Nacional dos Magistrados
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
MP	Ministério Público
RS	Rio Grande do Sul
TJ	Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

<sup>1</sup> – Texto parcial da dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre no Mestrado em Poder Judiciário da Fundação Getúlio Vargas – RJ.

**Sumário:** Introdução. 1 Conselho Nacional de Justiça. 1.1 Do crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. 1.2 Da crise do Poder Judiciário. 1.3 Emenda Constitucional n. 45. 1.4 O Conselho Nacional de Justiça como autor de políticas públicas. 2 A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Política Nacional de Conciliação. 2.1 Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. 3 Implementação da Política Nacional de Conciliação pelo TJRS. 3.1 Da criação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no âmbito da Justiça de 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 3.2 Da criação da Central Judicial de Conciliação e da Central de Mediação no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. 3.3 Dos dados estatísticos apresentados pela Central de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas. Conclusão. Referências.

**“Com o crescimento do acervo de processos judiciais e a consequente ineficiência do Poder Judiciário, resultou a crise desse Poder perante a sociedade.”**

## Introdução

O fim colimado no presente estudo sedimenta-se em abordar a implementação da Política Nacional de Conciliação pelo Conselho Nacional de Justiça e a consequente adoção dessa política pública pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Com o crescimento do acervo de processos judiciais e a consequente ineficiência do Poder Judiciário, resultou a crise desse Poder perante a sociedade. Assim, através da Emenda Constitucional n. 45, de 30-12-2004 (*DOU*, de 31-12-04), foi criado o CNJ.

A fim de maximizar a prestação jurisdicional e de oferecer uma justiça mais célere e justa, o Poder Judiciário, implementador de políticas públicas na sua área de atuação,

através de seu órgão interno, o Conselho Nacional de Justiça, levou a prática por meio de providências concretas à Política Nacional de Conciliação.

O tema proposto no presente estudo voltou-se, inicialmente, ao enfrentamento da implementação da Política Nacional de Conciliação pelo TJRS e à análise dos resultados apresentados pela Central Judicial de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas.

No constitucionalismo moderno, entende-se que o direito dos cidadãos de acesso à Justiça engloba não só o ingresso das ações judiciais perante o Poder Judiciário, mas também uma Justiça célere e justa.

No modelo constitucional atual, o Poder Judiciário, através do CNJ, lança como política pública de acesso à ordem jurídica justa a Política Nacional de Conciliação, visando a fomentar a prática de soluções alternativas pacíficas de conflitos.

A pesquisa tem por objetivo saber, por meio do referencial teórico adotado, se a Política Nacional de Conciliação criada pelo Conselho Nacional de Justiça é uma política pública que está sendo devidamente desenvolvida pelo Tribunal de Justiça do RS e qual a repercussão da utilização dessa prática. Como premissa, o CNJ, constitucionalmente integrante do Poder Judiciário, é aceito como possível agente ativo para criar e implementar políticas públicas relacionadas a sua área de atuação.

Os benefícios decorrentes da implementação da Política Nacional de Conciliação pelo Poder Judiciário, como agente político, coordenada pelo CNJ, atuam como justificativa da investigação proposta no presente estudo.

O trabalho será desenvolvido em três capítulos. Assim, no primeiro capítulo pretende-se situar a criação do Conselho Nacional de Justiça. Ainda, será feita uma abordagem da possibilidade de o Poder Judiciário implementar políticas públicas nas suas áreas de competência. Nesse capítulo também será conceituado o que é política pública e serão apresentadas algumas políticas públicas instituídas pelo CNJ.

No capítulo seguinte, reserva-se para abordar o tema relativo à Política Judiciária de

Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, política pública criada e implementada pelo Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido, serão abordados todos os aspectos da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, que é norma instituidora da respectiva política, como: direito de acesso à ordem jurídica justa, instrumentos de pacificação social, capacitação dos conciliadores e mediadores e redução do número de processos judiciais.

Por fim, o terceiro capítulo se volta especificamente para a análise da implementação da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no RS pelo Tribunal de Justiça gaúcho, com exame das normativas da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do RS, que instituíram essa política no referido órgão. Ainda, serão avaliados os dados estatísticos da Central de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas.

### 1 Conselho Nacional de Justiça

#### 1.1 Do crescimento da demanda perante o Poder Judiciário

Nas últimas cinco décadas, vários fatores contribuíram para a sobrecarga dos tribunais de todo o País. Maria Tereza Sadek<sup>2</sup>

cita como causas do aumento da demanda a transformação da sociedade agrária e rural para industrial e urbana, o aumento do nível de renda, escolaridade e longevidade dos cidadãos.

Já, Watanabe<sup>3</sup> elenca a economia de massa, através do ajuizamento de processos repetitivos, como um dos fatores que provocam a sobrecarga de serviço no Judiciário.

Não obstante o crescimento constante da demanda perante o Poder Judiciário, não houve o aumento de contratação de mão de obra que acompanhasse tal crescimento e tampouco de recursos materiais. Assim, em pouco tempo, o Poder Judiciário passou a ser reconhecido pela sua morosidade e baixo desempenho.

O fato acima comentado resta comprovado através da análise do *Relatório Anual de 2011* do TJRS. No site oficial do TJRS ([http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao\\_de\\_contas/relatorio\\_anual/2011/RA\\_2011\\_TJRGs/pdf/Relatorio\\_2011\\_09\\_Relatorios\\_Estatisticos.pdf](http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2011/RA_2011_TJRGs/pdf/Relatorio_2011_09_Relatorios_Estatisticos.pdf)) constam alguns relatórios estatísticos do desempenho do Tribunal nos últimos dez anos de sua atuação. Vejamos a tabela dos números da atividade jurisdicional do 1º grau de 2002 a 2011:

Ano	N. de Magistrados	N. de Varas	Processos Iniciados	Evolução %	Processos Terminados	Evolução %	Processos em Tramitação	Média Iniciados por Vara	Média tramitação por Vara
2002	606	473	920.754	23,70	678.929	10,02	1.442.236	1.947	3.049
2003	594	483	1.088.087	18,17	741.608	9,23	1.702.382	2.253	3.525
2004	582	495	915.051	-15,90	685.676	-7,54	1.931.757	1.849	3.903
2005	644	498	997.641	9,03	737.066	7,49	2.192.332	2.003	4.402
2006	640	500	1.218.743	22,16	1.023.787	38,90	2.387.288	2.437	4.775
2007	684	513	1.472.538	20,82	1.300.471	27,03	2.559.355	2.870	4.989
2008	651	527	1.519.910	3,22	1.354.089	4,12	2.725.176	2.884	5.171
2009	651	537	1.547.024	1,78	1.275.649	-5,79	2.996.551	2.881	5.558
2010	689	552	1.511.034	-2,33	1.334.256	4,59	3.173.329	2.737	5.749
2011	687	554	1.575.823	4,29	1.474.560	10,52	3.274.592	2.844	5.911

Figura – Quadro ilustrativo da atividade jurisdicional do 1º Grau de 2002 a 2011

Fontes: Sistemas SAV e APJ – SERAJ/CGJ; Sistema Themis – Departamento de Informática – TJ.

Notas: 1 – Não incluem Juizados Especiais Cíveis (JECs) e Criminais (JECrims).

2 – Este quadro resulta de conteúdo gerado por vários sistemas de processamento de dados, que utilizam diferentes critérios quanto à concepção do conteúdo e à forma de apresentação, o que pode gerar eventuais inconsistências.

2 – SADEK, 2004, p. 6-8.

3 – WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 195, 2011b, p. 382.

Percebe-se que no RS, na jurisdição de 1º Grau, nos últimos dez anos houve um crescimento de contratação de magistrados em 13,5% e de criação de novas varas de 17,12%, enquanto o número de processos em tramitação aumentou 127,04% e o número de processos tramitando em média por vara cresceu 93,86%.

Essa discrepância entre o aumento do número de processos e o número de contratação de novos Juízes acarretou, ao longo dos anos, o baixo desempenho do Poder Judiciário com a consequente tão comentada morosidade.

No ponto, é importante a observação de Maria Tereza Aina Sadek<sup>4</sup> ao afirmar que, com o advento da CF/88, ao Poder Judiciário foi conferido o *status* de Poder de Estado, com capacidade para agir politicamente, interferindo nas políticas públicas e nos atos administrativos dos demais Poderes.

## 1.2 Da crise do Poder Judiciário

Conforme noticiários frequentes veiculados tanto na mídia escrita<sup>5</sup> como na falada, o aumento da demanda, no entanto, encontrou o Judiciário com uma estrutura totalmente inadequada e despreparada para responder com eficácia aos anseios da sociedade. Tornou-se unânime a insatisfação social com o desempenho do Órgão Judiciário e, como consequência, passou a ser enfatizada a existência de uma crise da Justiça e da necessidade urgente de sua reforma.

Maria Auxiliadora Castro Camargo<sup>6</sup>, acerca do assunto, menciona que a insatisfação popular com a inoperância do Judiciário brasileiro é elevada, acrescentando que as principais queixas são: as dificuldades encontradas pelo cidadão comum para ingressar com seu pedido de provimento jurisdicional; a morosidade na entrega da prestação jurisdicional; a divergência de decisões que, acobertadas pela coisa julgada,

resolvem casos semelhantes tutelando direitos de alguns, mas negando esse mesmo direito a outros; e as crescentes denúncias de desvios de verbas e corrupção de magistrados e servidores, contribuindo para deixar o Judiciário em posição desfavorável perante a opinião pública e demais Poderes constituídos.

Para a autora, diante das ocorrências relacionadas, que colaboraram para o aumento da falta de credibilidade do órgão, era indiscutível, entre todos os segmentos da sociedade brasileira, a ideia da necessidade da reforma do Judiciário.

Com a sociedade em geral reivindicando mudanças na atuação do Poder Judiciário, em 2003, o então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, em um discurso, afirmou que “o Judiciário é uma caixa preta”. A partir desse momento, ficou evidente que haveria reformas no Poder Judiciário, visando a dar mais transparência aos atos desse Poder.

Diante do contexto apresentado, como uma resposta à sociedade, que clamava por mais transparência na Justiça brasileira, e com a finalidade de fornecer maior eficiência e acesso ao Judiciário na prestação jurisdicional, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45, conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”.

## 1.3 Emenda Constitucional n. 45

As principais inovações que a Emenda trouxe consigo diz com relação ao surgimento do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF, visando a assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação; a previsão de real cumprimento do acesso à ordem jurídica justa, estabelecendo-se a Justiça itinerante e a sua descentralização, assim como a concessão de autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias Públicas Estaduais; a criação do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário e a criação da súmula vinculante.

4 – SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, maio 2004, p. 2.

5 – OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. <http://jus.com.br/revista/texto/4306/o-poder-judiciario-morosidade>.

6 – CAMARGO, 2004, p. 369.

Entretanto, a Emenda ainda proporcionou, com a finalidade de atribuir uma configuração mais humana e transparente ao Órgão Judicante, a criação de importantes medidas à ordem nacional, a mais instigante delas, indubitavelmente, a criação do CNJ.

Para Julia Bagatini<sup>7</sup>:

Há muito se esperava a Reforma do Poder Judiciário. Foi no ano de 1992 que surgiu uma proposta de Emenda Constitucional, na Câmara dos Deputados, com o desígnio de remodelar a estrutura do Poder Judiciário. Mas, foi apenas em 2004 que este projeto, após aperfeiçoamentos, foi aprovado, sendo chamado de "Reforma do Poder Judiciário" ou EC nº 45.

Das alterações propostas uma das mais instigantes discussões é a que diz respeito à instituição do CNJ, tido por muitos, como um órgão de controle externo da magistratura (art. 103-B da CF).

O CNJ, com a missão de contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade, foi criado em 31-12-2004 e instalado em 14-05-2005.

O CNJ é um órgão do Poder Judiciário, com sede em Brasília – DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da justiça. É um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

A base das atribuições do CNJ encontra-se disciplinada na CF, em seu art. 103-B, § 4º. Porém, o Estatuto da Magistratura pode dar outras atribuições ao órgão, conforme estabelecido pelo próprio texto constitucional.

Assim, do texto constitucional, percebe-se que as principais atribuições do Conselho Nacional de Justiça são de natureza administrativa, financeira e correicional.

7 – BAGATINI, Julia. *CNJ: um controle administrativo do Poder Judiciário*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9498](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498)>. Acesso em: 27 nov. 2011.

No site do CNJ consta como suas diretrizes: planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias, modernização tecnológica do Judiciário, ampliação do acesso à Justiça, pacificação e responsabilidade social e garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

### 1.4 O CNJ como autor de políticas públicas

Conforme já exposto, na atualidade ocorreu o alargamento do universo jurídico, em que os direitos fundamentais e sociais deixaram de ser meras declarações retóricas e passaram a ser direitos positivados na CF.

Entretanto, Ada Pellegrini Grinover<sup>8</sup> afirma que, para atingir os objetivos previstos na Carta Magna e garantir os direitos previstos na órbita constitucional, o Estado deve se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social. Porém, em decorrência de fatores diversos, esses direitos, na maioria das vezes, não são garantidos pelos gestores públicos, principalmente pelo Poder Executivo, culminando, assim, com o ingresso de inúmeros processos judiciais, os quais estão levando os magistrados a decidirem sobre a aplicação dessas políticas públicas, a fim de garantir aos indivíduos o mínimo necessário para a sobrevivência.

A partir daí, necessário abordar, ainda que brevemente, a conceituação de políticas públicas.

Marcelo Figueiredo<sup>9</sup> conceitua políticas públicas como:

Um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público.

Ou ainda um programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado. As políticas públicas são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais.

8 – GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, 2008, p. 11.

9 – FIGUEIREDO, Marcelo. Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo, v. 9, n. 44, 2007, p. 38.

Ainda, pela pertinência, o conceito de Oswaldo Canela Junior<sup>10</sup>:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

Ainda, Eros Grau<sup>11</sup> amplia o conceito de políticas públicas e leciona que se trata de toda a atuação do Poder Público na vida social. O autor acrescenta ainda que “o Direito é também, ele próprio, uma política pública”.

Conforme mencionado antes, as políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais, inclusive de acesso à Justiça, segundo o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

O CNJ tem como missão aprimorar o serviço prestado pelo Poder Judiciário à população; para esses desideratos, cria e promove programas e campanhas sociais. Além disso, realiza ações internas, voltadas à melhoria do serviço do Judiciário.

Heliana Maria Coutinho Hess<sup>12</sup> leciona que o CNJ, por meio de seus programas de ação comunitária – Lei Maria da Penha, Cidadania, Direito de Todos, Doar é Legal, Advocacia Voluntária, Começar de Novo, Justiça Aberta, Justiça em Números, Movimento pela Conciliação, Prêmio Innovare, Fóruns Permanentes de Saúde, Proname, Mutirão Carcerário –, entre outros de gestão administrativa judicial, tem estimulado e ampliado o protagonismo do Poder Judiciário no controle e eficácia de políticas públicas regionais.

Nelson Tomaz Braga<sup>13</sup> enumera, ainda, outras políticas públicas, entre elas: a práti-

ca do BacenJud, InfoJud, Programa Integrar, Programa de Metas.

Considerando a ampla esfera de abrangência no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, através das políticas públicas, perante a sociedade brasileira, o próximo capítulo voltou-se ao enfrentamento da Política Nacional de Conciliação implementada pelo Conselho Nacional de Justiça.

**“... é preciso desconstituir a premissa de que a via judicial constitui o escoadouro natural de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita...”**

## 2 A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses – Política Nacional de Conciliação

O Poder Judiciário nacional, segundo mencionado no capítulo anterior, diante da intensa conflituosidade, encontra-se abarrotado de ações e não possui estrutura e nem funcionários suficientes para o exercício da função jurisdicional em tempo considerado razoável.

Diante de tal realidade, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>14</sup> diz que é preciso desconstituir a premissa de que a via judicial constitui o escoadouro natural de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, discurso populista que leva a generalizar (e banalizar) o serviço judiciário estatal, em modo de uma porta larga e franqueada incondicionalmente a cada petição que um sedizente prejudicado entenda apresentar no guichê do Fórum. Essa cultura, para o autor, aderente a uma percepção distorcida da justiça oficial, é o que verdadeiramente está à base da crise numérica de processos, não só pelo estímulo à contenciosidade social, como também por impedir que larga parcela dos conflitos deixe de ser

10 – GRINOVER, Ada Pellegrini. Referindo Oswaldo Canela Junior. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

11 – GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 25.

12 – HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011, p. 257.

13 – BRAGA, 2010, p. 15.

14 – MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, n. 888, 2009, p. 22-23.

encaminhada para outros agentes, órgãos e instâncias, o que aliviaria consideravelmente a carga que hoje assoberba a Justiça estatal e a impede de ofertar uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível.

A eficiência operacional e o acesso ao sistema de Justiça são, consoante Patrícia Cavassani<sup>15</sup>, objetivos estratégicos do Poder Judiciário. A autora, ainda, ressalta que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, implica acesso à ordem jurídica justa e, diante disso:

Cabe ao Poder Judiciário estabelecer uma política pública nacional de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, não somente os serviços prestados pelo Estado nos processos judiciais, como também os que possam ser feitos mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a Conciliação e a Mediação.

Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>16</sup> destaca que, enquanto os meios alternativos de resolução de conflitos revelam atributos atraentes, como a informalidade, a celeridade, a confidencialidade, o perfil prospectivo e a tendencial adesão à decisão alcançada, de outro lado, o comando judicial, mormente o condenatório, ressente-se de deficiências que acabam desprestigiando a Justiça.

Nessa perspectiva, o CNJ editou a Resolução n. 125, que institui a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, visando a tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, CF) como acesso à ordem jurídica justa, diminuir o tempo de duração da lide, possibilitar a solução dos conflitos através de técnicas e procedimentos mais simplificados e reduzir a demanda judicial.

A Resolução trata da criação de mecanismos destinados à realização de acordos

em litígios já levados à Justiça e aos conflitos ainda não judicializados, surgindo, pois, como um instrumento para dar guarida aos antigos anseios da sociedade por uma justiça apta a garantir prestação jurisdicional simples, célere e segura.

### 2.1 Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça

O CNJ editou, no dia 29-11-2010, a Resolução n. 125, que instituiu a Política Nacional de Conciliação no âmbito do Judiciário brasileiro e padronizou a prática da Conciliação e da Mediação em todos os tribunais.

O objetivo com a implantação da prática conciliatória, segundo manual de implementação do Projeto Movimento pela Conciliação,<sup>17</sup> visa a diminuir o tempo de duração da lide, viabilizar a solução dos conflitos por intermédio de procedimentos simplificados e informais, bem como reduzir o número de processos que se avolumam no Judiciário.

Na mesma esteira, para Fernanda Levy, Helena Mandelbaum, Sandra Bayer, Tania Almeida, Adolfo Braga Neto e Marco Lorenzini<sup>18</sup>, a Resolução n. 125 do CNJ consiste em um conjunto de ações que visam a dar cumprimento aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, ou seja, eficiência operacional, ampliação do acesso ao sistema de Justiça e responsabilidade social, de maneira eficaz e harmônica.

Acrescentam, também, que a norma possibilita a inclusão dos meios consensuais de resolução de conflitos na cultura brasileira com o *status* de política pública e que o sistema multiportas de resolução de controvérsias se torna uma realidade nacional, institucionalizada a partir da edição da Resolução. Com ela, propõe-se uma mudança incomensurável de paradigma na cultura jurídica e no rol de métodos de solução de controvérsias, oferecidos pelo Estado ou por ele incentivados.

15 – CAVASSANI, Patrícia. *A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): Política Nacional de Conciliação no Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.novoaprado.com.br/?p=1110>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

16 – MANCUSO, 2009, p. 33.

17 – MANUAL de implementação: Projeto Movimento pela Conciliação. Disponível em: <[http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzes/projeto\\_nacional/ManualImplement20060914.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzes/projeto_nacional/ManualImplement20060914.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2011.

18 – LEVY, Fernanda et al. *Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Leitura comentada*. Disponível em: <<http://www.foname.com.br/wp-content/uploads/2011/10/MEDIACAO-CNJ-RESOLUCAO-GUIA-PRATICO-final.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

Kazuo Watanabe<sup>19</sup>, ao proferir palestra acerca da Conciliação e da Mediação, deixou claro que a redução de processos judiciais é muito importante, mas que é consequência da pacificação das partes conflitantes. Explicou que a Resolução n. 125 veio no momento em que havia iniciativas de conciliação isoladas nos Estados. Na sua visão, a referida norma, além de apoiar as medidas em curso, estabeleceu um padrão mínimo de qualidade nos serviços de conciliação. Consignou que a busca pela prática conciliatória passou a ser uma obrigatoriedade dentro do Judiciário brasileiro, não mais uma opção, e que a norma possibilitou a capacitação de conciliadores em todo o País, permitindo a qualificação da prestação jurisdicional e a ampliação do acesso da população à Justiça.

Para que a Política Judiciária Nacional, em seus serviços e na cultura de pacificação social, seja detentora de boa qualidade, o art. 2º da Resolução prevê a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação e o treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como o acompanhamento estatístico específico, sendo que, para cumprimento das metas estabelecidas, o CNJ prestará auxílio aos Tribunais na organização dos serviços, inclusive incentivando as parcerias entre as instituições.

A Resolução n. 125, em seu dispositivo 7º, determina a criação, em todos os Estados brasileiros, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados e servidores, preferencialmente atuantes na área, e define as atribuições desses órgãos.

Em relação aos instrumentos de pacificação social, Raduan Miguel Filho<sup>20</sup> bem discorre sobre o tema:

Os métodos alternativos de solução de controvérsias surgem como opção eficaz ao jurisdicionado, em atenção ao clamor da sociedade por

uma prestação jurisdicional mais célere. A utilização deste método visa oferecer e assegurar uma melhor e efetiva solução de conflitos à população, fugindo assim dos modelos tradicionais de resoluções de conflitos. O objetivo é procurar demonstrar que, além da jurisdição estatal, existem outros meios de pacificação social, os quais também colocam fim às controvérsias e realizam a justiça. Destaque-se que mecanismos alternativos objetivam não somente oferecer uma prestação jurisdicional mais célere à sociedade, mas também verdadeira pacificação social; além do que, oportunizam também a resolução do conflito antes que seja instaurada qualquer demanda judicial, desafogando assim o Judiciário.

A mediação e a conciliação, práticas padronizadas em todos os Tribunais pela Resolução n. 125 do CNJ, segundo o art. 4º da referida norma, surgem como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios.

A mediação consiste em um método consensual de solução de conflitos, em que um terceiro (o mediador) auxiliará na facilitação do diálogo entre as partes envolvidas, para que possam administrar os seus problemas e consigam alcançar uma solução para o problema que as afligem.

Sobre a mediação, Petrônio Calmon<sup>21</sup> pondera que:

Mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado.

A mediação, para Ruberlei Bulgarelli<sup>22</sup>, é uma maneira de autocomposição dos conflitos, realizada através de um terceiro imparcial, que auxilia as partes na obtenção de uma solução para a controvérsia estabelecida.

19 – WATANABE, Kazuo. *Política de conciliação desafoga o judiciário e pacifica as relações sociais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14891/politica-de-conciliacao-desafoga-o-judiciario-e-pacifica-as-relacoes-sociais>>. Acesso em: 11 dez. 2011a.

20 – MIGUEL FILHO, Raduan. *Conciliação: a solução da lide e a celeridade na prestação jurisdicional*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

21 – CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 119.

22 – BULGARELLI, Ruberlei. *A mediação, conciliação e arbitragem: métodos extrajudiciais de solução de controvérsias como alternativas frente a morosidade da justiça estatal brasileira*. Disponível em: <[http://www.sesconms.org.br/artigo\\_ler.asp?codigo=30](http://www.sesconms.org.br/artigo_ler.asp?codigo=30)>. Acesso em: 14 dez. 2011.

De acordo com Maria Berenice Dias<sup>23</sup>:

O Mediador favorece o diálogo na construção de alternativas satisfatórias a ambas as partes. A decisão não é tomada pelo mediador, mas pelas partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas.

Finalmente, importante destacar, consoante nos ensina Walsir Edson Rodrigues Junior<sup>24</sup>, que a mediação possui como princípios o caráter voluntário; a não adversidade; a credibilidade, a imparcialidade e a neutralidade do mediador; a flexibilidade; a informalidade; e a confiabilidade do processo.

A conciliação, igualmente, é uma forma de resolução de conflitos. Por meio dela, um terceiro (conciliador) auxiliará na busca da solução do conflito, de forma justa para ambas as partes, através de concessões mútuas. O conciliador pode sugerir às partes o que fazer, pode opinar sobre o caso concreto, ao contrário do mediador, que visa apenas à comunicação entre as partes, a facilitação de seu diálogo para que possam sozinhas administrar o conflito instalado.

Segundo informações obtidas no site do CNJ<sup>25</sup>, a conciliação:

É um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximar-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações.

Ruberlei Bulgarelli<sup>26</sup> pondera que a conciliação tem conceito similar ao da mediação, apresentando, basicamente, um diferencial:

A conciliação tem conceito bem similar ao da Mediação, onde podemos colocar que se trata de um esforço da partes para a resolução de controvérsias, utilizando-se do auxílio de um terceiro conciliador de forma imparcial na condução de uma solução ao conflito, opinando soluções quando as partes não conseguirem um entendimento.

A diferença básica é a intervenção do conciliador na proposição da solução, o que não temos na mediação, onde as partes são responsáveis na determinação das soluções.

Neste método, contudo, as partes continuam com sua autonomia no que diz respeito à solução proposta, ou seja, aceitam se quiserem, pois o conciliador apenas propõe saídas, quem decide são as partes de acordo com a conveniência para as mesmas.

Acerca da figura do conciliador, conforme Manual de Autocomposição Judicial<sup>27</sup>, trata-se de:

Terceiro neutro, que deve ter conhecimento técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo; sua função é a de restabelecer a comunicação entre as partes, conduzindo as negociações, ou seja, instruindo as partes quanto a maneira mais conveniente a portarem-se perante o curso do processo a fim de obterem a sua efetiva concretização. O conciliador deve garantir às partes que a discussão proporcione um acordo fiel ao direito da comunidade em que vivem, moral e justo.

Na conciliação, o indivíduo que exerce a função de conciliador conduz as partes no exame de seus direitos, podendo fazer sugestões e opinar quanto ao mérito da questão, buscando, sempre, a realização do acordo. Assim, a prática conciliatória consiste em vantajoso instrumento que visa, principalmente, a ofertar uma solução mais célere às demandas judiciais, em que as partes, por meio de concessões mútuas, constroem um acordo.

Entre seus princípios informadores, a Resolução n. 125 do CNJ destaca a qualidade dos serviços como garantia de acesso à ordem jurídica justa, estabelecendo, para tanto, conteúdo programático mínimo para cursos

23 – DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74.

24 – RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 85-88.

25 – Disponível em: <[http://www.conciliar.cnj.gov.br/cms/verTexto.asp?pagina=como\\_participar](http://www.conciliar.cnj.gov.br/cms/verTexto.asp?pagina=como_participar)>. Acesso em: 14 dez. 2011.

26 – BULGARELLI, 2011.

27 – AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado. *Manual de autocomposição judicial*. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, v. 4, p. 147.

de capacitação de serventuários, conciliadores e mediadores.

Para a capacitação de tais profissionais, mostrou-se necessária, além de formação mínima exigida para a atuação desses facilitadores e as diferentes realidades econômicas, sociais e geográficas de cada Tribunal, a adoção de um modelo de conteúdo programático em âmbito nacional.

Eis os módulos previstos:

O modelo é composto por três módulos sucessivos e complementares, que correspondem a diferentes níveis de capacitação. Todos aqueles que irão atuar nos Centros de Resolução de Disputas, inclusive servidores e conciliadores e mediadores já capacitados, necessariamente terão que cursar o Módulo I. Conciliadores e Mediadores terão que cursar os Módulos I e II e, finalmente os mediadores terão que se capacitar nos três módulos.

O Módulo I, com 12 horas/aula, denominado “Introdução aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos” versará sobre os diferentes meios não adversariais de solução de conflitos, com noções básicas sobre o conflito e a comunicação, disciplina normativa sobre o tema, experiências nacionais e internacionais, assegurando a compreensão dos objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos.

O Módulo II, com 16 horas/aula, denominado “Conciliação e suas Técnicas” se propõe a habilitar os facilitadores na utilização de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, com enfoque na negociação e conciliação, trazendo padrões de comportamento ético e posturas exigidas no relacionamento com partes e diferentes profissionais envolvidos no CRD.

O Módulo III, com 16 horas/aula, denominado “Mediação e suas Técnicas” se propõe a habilitar os facilitadores na utilização de técnicas autocompositivas de solução de conflitos, com enfoque na mediação, identificando as diferentes Escolas, a multidisciplinaridade, as formas de sua aplicação, com destaque para a mediação judicial.

Os Módulos II e III serão necessariamente seguidos de estágio supervisionado. Para o Módulo II, a carga horária será de 12 horas e para o Módulo III será de 24 horas.

Os certificados de capacitação apenas serão emitidos após a conclusão do estágio supervisionado. Em relação aos servidores, o módulo I será complementado por módulo específico, destinado a detalhar o “modus operandi” do CRD, os procedimentos administrativos, de orientação ao público e de encaminhamento a entidades parceiras e outros órgãos públicos.

A formação dos profissionais, contudo, deverá ser realizada de forma permanente, circunstância que fica clara ao se observar o disposto no art. 12, § 2º, da Resolução n. 125 do CNJ, o qual estabelece que *todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário*.

Para Fernanda Levy, Helena Mandelbaum, Sandra Bayer, Tania Almeida, Adolfo Braga Neto e Marco Lorencini<sup>28</sup>, a formação adequada e o treinamento de conciliadores e de mediadores, bem como dos servidores e magistrados, são pilares dessa política pública, tendo em vista que a busca pela excelência do serviço passa, necessariamente, pela atuação de alta qualidade daqueles que conduzirão, efetivamente, todo o trabalho.

Como já analisado anteriormente, a cultura demandista da sociedade brasileira acarreta a sobrecarga de serviço no Poder Judiciário. Trata-se de um círculo vicioso, pois, quanto mais processos de conhecimento, maior é o número de recursos e, por conseguinte, mais são os processos de execução. Com isso, nasce a necessidade de mudar essa cultura existente no País.

Desse modo, através de formas alternativas de resolução de conflitos, em especial dos meios consensuais, espera-se estancar o aumento da demanda e, ainda, reduzir o número de processos judiciais.

Assim, a redução do número de processos judiciais nada mais é do que uma consequência da adoção de uma postura pacifista seguida pelo Poder Judiciário através da Política Nacional de Conciliação.

Os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania, que são objeto da Política Nacional de Conciliação, conforme previsto no art. 7º da Resolução n. 125 do CNJ, oferecerão condições aos cidadãos de comporem suas lides antes mesmo de ingressarem com as ações judiciais. Dessa forma, milhões de novos processos judiciais, que seriam ajuizados perante o Poder Judiciário, não entrarão

para o acervo do Poder Judiciário, aumentando os seus números.

Comentando a Resolução n. 125 do CNJ, Watanabe<sup>29</sup> conclui:

Desde que seja adequadamente implantada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesse e com maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. A consequência será a recuperação do prestígio e respeito do nosso Judiciário.

### 3 Implementação da Política Nacional de Conciliação pelo TJRS

Segundo manifestações de juristas e doutrinadores expostas nos capítulos anteriores, consolidou-se, no ambiente jurídico, o entendimento de que a resposta judicial, materializada através do comando sentencial, nem sempre atende às pretensões das partes envolvidas no litígio.

Assim sendo, o CNJ, buscando tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e célere e, ainda, aperfeiçoar o Poder Judiciário em âmbito nacional, editou, em 29-11-2010, a Resolução n. 125/2010, mecanismo que prevê, consoante já referido, a criação dos meios alternativos para a resolução dos conflitos.

Uma das determinações da Resolução n. 125, conforme destacado no capítulo anterior, consiste na criação, pelos Tribunais dos Estados, de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, que possuem, dentre outras atribuições, a incumbência de desenvolver a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, bem como planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas

metas. A Resolução também previu a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Nesse sentido, prazos foram estabelecidos pela Resolução para que os Tribunais dos Estados providenciem a implantação dos referidos órgãos.

Segundo disposto nos arts. 7º e 8º, para a instituição dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, a Resolução estipulou o prazo de 30 dias; para a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas Comarcas do Interior, subseções e regiões judiciárias de maior movimento forense, o prazo foi fixado em 4 meses; e, finalmente, para instalação dos Centros nas demais comarcas, subseções e regiões judiciárias do Estado, foi estipulado o prazo de 12 meses.

#### 3.1 Da criação do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do âmbito da Justiça de 1º Grau do TJRS

O TJRS, considerando o disposto nos arts. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da CF e 125, inciso IV, do CPC; considerando os termos da Resolução n. 125/2010 do CNJ; considerando a necessidade de estabelecer diretrizes para criação e disseminação de meios alternativos de dissolução de conflitos, visando à celeridade e efetividade na resolução da demanda; considerando a conveniência de que os procedimentos na busca de soluções alternativas de resolução de conflitos sejam implementados e uniformizados nas comarcas do Estado; considerando ser objetivo estratégico do TJ incrementar a resolução da demanda, criou, através da Resolução n. 869/2011-COMAG, de 29-03-2011, no âmbito do RS, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como órgão deliberativo.

A seguir, serão analisadas as instalações das centrais judiciais de conciliação e mediação no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

29 – WATANABE, 2011a, p. 389.

### 3.2 Da criação da Central Judicial de Conciliação e da Central de Mediação no âmbito do Poder Judiciário do RS

A Resolução n. 125, em seu art. 8º, consoante exposto quando da análise, no capítulo anterior, dos dispositivos da referida norma, determinou a implantação, pelos Tribunais brasileiros, de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, conduzidas por profissionais devidamente habilitados nas técnicas de solução alternativa de litígios.

No RS, a Resolução n. 780/2009-COMAG, ainda no ano 2009, já previa a criação da Central Judicial de Conciliação e da Central de Mediação, com funcionamento na Comarca de Porto Alegre.

Vejamos:

**ART. 2º A CENTRAL JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO FUNCIONARÁ NA COMARCA DE PORTO ALEGRE, NO 7º ANDAR DO FORO CENTRAL, SENDO AS AUDIÊNCIAS REALIZADAS NA ESTRUTURA DOS JUIZADOS ESPECIAIS, NO 3º ANDAR DO FORO CENTRAL, PREFERENTEMENTE EM HORÁRIO OCIOSO DAQUELE ESPAÇO. A COORDENAÇÃO SERÁ EXERCIDA POR MAGISTRADO INDICADO PELO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA**

Entretanto, após o advento da Resolução n. 125 do CNJ, o Poder Judiciário do RS, através das Resoluções n. 871/2011-COMAG, 872/2011-COMAG, 873/2011-COMAG e 874/2011-COMAG, de 29-03-2011 (disponibilizadas no *DJE* em 05-04-2011 e publicadas em 06-04-2011), criou, respectivamente, nas Comarcas de Passo Fundo, Pelotas, Ca-

xias do Sul e Santa Maria, as Centrais Judiciais de Conciliação e Mediação (art. 2º das Resoluções).

De outro lado, a Resolução do CNJ estipulou, para a instalação dos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania nas demais comarcas, subseções e regiões judiciais do Estado, o prazo de 12 meses.

Entretanto, considerando a falta de estrutura dos Órgãos Judiciais e de pessoal capacitado, o Tribunal de Justiça gaúcho, no mesmo sentido do que vem ocorrendo com inúmeros outros tribunais de Estados brasileiros, está encontrando dificuldades para garantir a implantação dos Centros nas demais comarcas do Estado.

O fato é que, nas comarcas do Interior, os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania ainda não chegaram, levando, pois, inúmeros magistrados a desenvolverem, com o desiderato de aprimorar o serviço prestado pelo Poder Judiciário à população, programas e campanhas sociais diversas.

### 3.3 Dos dados estatísticos apresentados pela Central de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas

A Central de Conciliação e Mediação do Foro da Comarca de Pelotas, instalada no mês de julho de 2011 e consoante informações obtidas junto ao *blog* do órgão na internet (<http://conciliacaopelotas.blogspot.com/>), apresentou balanço de seu primeiro semestre de atuação. O quadro abaixo resume os dados numéricos publicados pela Central no sitio já citado.

	Audiências realizadas (a)	Acordos obtidos em audiência (b)	Acordos noticiados nos autos (c)	Dentre as audiências em que não houve acordo, encontravam-se todas as partes presentes (d)	% de acordos considerando todas as partes presentes (e) {(b)+(c)}*100/{(b)+(c)+(d)}	Audiências em que não estavam presentes todas as partes (f)	% de audiências em que não estavam todas as partes presentes (g) (f)*100/(a)
Julho/agosto 2011	40	20	-	5	80%	15	37,5%
Setembro/11 pauta geral	77	18	-	29	38,29%	30	38,96%
Outubro/11 pauta geral	55	11	-	28	28,20%	16	29,09%

Continua...

Continuação

	Audiências realizadas (a)	Acordos obtidos em audiência (b)	Acordos noticiados nos autos (c)	Dentre as audiências em que não houve acordo, encontravam-se todas as partes presentes (d)	% de acordos considerando todas as partes presentes (e) $\{(b)+(c)\} * 100 / \{(b)+(c)+(d)\}$	Audiências em que não estavam presentes todas as partes (f)	% de audiências em que não estavam todas as partes presentes (g) $(f) * 100 / (a)$
Outubro/11 execução fiscal	144	18	-	53	25,35%	73	50,69%
Novembro/11 pauta geral	70	12	-	34	26,08%	24	34,28%
Novembro/11 execução fiscal	146	21	5	59	30,58%	61	41,78%
Dezembro/11 pauta geral	18	8	-	8	50%	2	11,11%
Dezembro/11 execução fiscal	70	15	6	18	53,85%	31	44,28%
Semana nacional da conciliação	170	26	9	73	32,40%	62	36,47%
Bradesco	28	9	-	7	56,25%	12	42,85%
TOTAL	818	158	22	314	36,43%	326	39,85%

Figura 5 – Quadro ilustrativo da produção da Central Judicial de Conciliação e Mediação da Comarca de Pelotas de julho a dezembro/2011.

Acordos em audiência: 19,31%.

Acordos total: 22%.

Fonte: a autora.

Antes de analisar os números expostos pela Central de Pelotas, são necessárias algumas informações sobre o andamento dos feitos nesse órgão. Como já havia sido objeto de pauta na reunião do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no 1º Grau realizada em 12-07-2011, o Tribunal gaúcho não dispõe de programa de informatização que esteja adequado à nova realidade das Centrais. Assim, o programa Themis do TJRS não poderá ser utilizado para processar os feitos que forem encaminhados para as Centrais. Com isso, os servidores designados para atuarem nas centrais acabaram monopolizando os números estatísticos relativos à Central de forma empírica e muitas vezes incompleta.

Portanto, resta limitada a análise dos dados numéricos publicados pela Central no blog do órgão na internet.

Segundo os dados estatísticos acima exibidos, no ano 2011, foram realizadas 818 (oitocentas e dezoito) audiências, logrando êxito na obtenção de acordo em 158 (cento e cinquenta e oito) processos, o que representa um índice de 19,31% de sucesso nas conciliações.

Há, ainda, a informação de que em 22 (vinte e dois) casos a audiência de conciliação não chegou a ser realizada, porque as partes, antes mesmo da solenidade, compareceram ao órgão e noticiaram a ocorrência de acordo nos autos.

Assim, 22% dos processos distribuídos para a central foram extintos por acordo (com ou sem audiência).

Segundo uma medição realizada pela Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do RS<sup>30</sup>, o tempo médio de duração dos processos cíveis na Comarca de Pelotas (data do ajuizamento da ação até a data da sentença de mérito de 1º Grau) é de 22,4 meses.

Dessa forma, como se pode observar, considerando o tempo médio de duração dos processos cíveis na Comarca de Pelotas de 22,4 meses e o fato de terem sido extintos por acordo entre as partes 22% dos feitos encaminhados para a Central em seis meses, o número de processos com acordos, embora não seja muito expressivo, contribui substancialmente para a diminuição do acervo judicial em um curto espaço de tempo.

30 – Anexo L.

Além disso, não se pode esquecer que no caso da medição realizada pela Corregedoria, conforme referido anteriormente, os processos não foram extintos no prazo de 22,4 meses como os que migraram para a Central, pois eles podem ter tido recursos e ainda não finalizaram. Já nos feitos extintos por acordo na Central (22%), foram devidamente baixados e arquivados.

Ainda, os percentuais, indubitavelmente, demonstram a necessidade de, para a redução significativa da quantidade de processos em tramitação, combater a ideia de que a resolução das demandas propostas somente pode ser solvida com a prolação de comando sentencial e não de forma consensual.

Assim, a instituição de métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial os consensuais, torna-se, consoante posicionamento dos inúmeros doutrinadores, juristas e estudiosos mencionados nos dois capítulos anteriores, a melhor ferramenta para reduzir o elevado volume de processos judiciais que estão abarrotando os fóruns do País inteiro. Essa circunstância, se não for enfrentada, além de ameaçar o eficaz funcionamento da Justiça, comprometerá a confiança da população no Judiciário.

Outra questão a ser observada pelos números pode ser referente à cultura dos jurisdicionados em relação aos métodos alternativos de resolução de conflito, como a conciliação. Pois, observa-se que em 39,85% das audiências realizadas pela Central não estavam presentes todas as partes interessadas. Vale consignar que nos processos de execução fiscais e nos processos que o Bradesco figurava como parte houve a presença do procurador do Município e do Bradesco em todas as audiências. Assim, no caso, os ausentes foram as partes contrárias.

Não é possível concluir definitivamente sobre a causa da ausência das partes nas audiências de conciliação designadas pela Central, pois não existe a informação do porquê essas pessoas não compareceram ao ato, tendo em vista que não foram entrevistadas. Mas, pela prática na presidência de audiências, nota-se que as partes não se dispõem

a participar de um processo de construção de um acordo. A maioria dos jurisdicionados esperam obter um comando através de uma sentença.

## Conclusão

Como se pode verificar, os métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial a conciliação, é uma ferramenta bastante útil para reduzir o número de demandas perante o Poder Judiciário. Na Central Judicial de Pelotas, que, por ora, utiliza somente o método da conciliação, este se mostrou bastante célere e eficaz, pois reduziu em 22% o acervo de processos distribuídos em seis meses de atuação.

Entretanto, a resistência das partes e/ou seus procuradores em buscar extinguir a sua ação judicial através de formas alternativas é muito provável, pois através da ausência das partes nas audiências fica manifesta a negação à conciliação. No caso em estudo, em 39,85% das audiências realizadas todas as partes não estavam presentes, inviabilizando a possibilidade de composição.

Conclui-se que, com a implantação da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses pelo CNJ e a consequente adoção pelo TJRS com a implantação de centrais nas principais cidades do Estado, já está ocorrendo a redução do número de processos em tramitação gaúcha em um curto espaço de tempo.

Os dados coletados indicam que a conciliação é uma forma célere de acesso à Justiça e também contribui para a redução do número de processos que abarrotam o Judiciário, pois o tempo médio de duração dos processos cíveis na Comarca de Pelotas é de 22,4 meses e na Central foram extintos com acordo 22% dos feitos encaminhados para o órgão em 6 meses. Assim, a implantação de outras centrais de mediação e conciliação nas demais comarcas do Estado irá contribuir para o prosseguimento da redução do acervo judicial bem como para a pacificação da sociedade.

Infere-se, também, que o grande número de pessoas desinteressadas pela conciliação demonstra a falta da cultura da população e

dos operadores do direito na resolução dos conflitos através de métodos alternativos, em especial, os consensuais. Assim, o Poder Judiciário também terá que atuar perante a sociedade, visando a desenvolver o interesse dessas pessoas nos métodos de conciliação e mediação.

Através da implantação da Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses pelo CNJ, foi dado o primeiro passo para a nova cultura de pacificação social através das formas consensuais de resolução de conflito, como a conciliação e a mediação. ■

### Referências

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O processo e os novos rumos do judiciário: desafios e tendências. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 142, p. 268-286, dez. 2006.

ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *O poder judiciário e sua organização*. Curitiba: Juruá, 1996.

ALMEIDA, Renato Franco de. Poderes do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, n. 10, p. 97-105, maio 2006.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. O controle externo do Poder Judiciário: uma visão crítica sobre o tema. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 15, p. 149-159, 1996.

\_\_\_\_\_. O controle externo do Poder Judiciário: uma visão crítica sobre o tema. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 20, p. 66-73, 1997.

ANDRIOLI, Leonardo José. A reforma do estado e o contexto brasileiro. In: ENCONTRO DA ANPAD, 30, 006, Salvador. *Anais...*

ASSIS, Araken de. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 43, p. 9-23, jun. 1994.

AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado. Manual de autocomposição judicial. In: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007, v. 4.

BADIN, Luiz Armando. O Conselho Nacional de Justiça: pedra angular da reforma constitucional do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 27-39, jan./mar. 2009.

BAGATINI, Julia. *CNJ: um controle administrativo do Poder Judiciário*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9498](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9498)>. Acesso em: 27 nov. 2011.

BAGATINI, Júlia; WICKERT, Lisiane Beatriz. Ponderações reflexivas acerca do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 186, p. 161-198, ago. 2010.

BARBIERO, Louri Geraldo. O controle externo do judiciário: Razões para a sua rejeição liminar. *Lex: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, n. 204, p. 8-10, 1995.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4. 2004, Belo Horizonte. *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARISON, Jose. Controle da atividade do Poder Judiciário. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, p. 143-153, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 6, n. 30, p. 13-38, 2005.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidade Jurídica: revista eletrônica da OAB*, Brasília, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, t. 3.

BASTOS, Janice. O poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 27, n. 316, p. 109-114, abr. 2010.

BASTOS, Márcio Tomaz. Conselho Nacional de Justiça e o controle do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 35, n. 99, 2004.

\_\_\_\_\_. Estrutura do Poder Judiciário e controle externo. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 14, 1993, Vitória. Anais... Brasília: OAB, Conselho Federal, 1993, p. 107-112.

BATISTA, Nilo. Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 28, p. 41-46, 2004.

BICUDO, Hélio Pereira. Controle externo do Judiciário. *Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 34-35, jun. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução para o espanhol Martí Soler. Madrid: Siglo Ventiuno de España, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES NETTO, Andre Luiz. A revisão constitucional e o controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 697, p. 243-246, 1993.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, n. 146, p. 2-3, jan. 2005.

BRAGA, Nelson Tomaz. O papel institucional do CNJ e sua consolidação. *Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 114, p. 12-15, jan. 2010.

BULGARELLI, Ruberlei. *A mediação, conciliação e arbitragem: métodos extrajudiciais de solução de controvérsias como alternativas frente a morosidade da justiça estatal brasileira*. Disponível em: <[http://www.sesconms.org.br/artigo\\_ler.asp?codigo=30](http://www.sesconms.org.br/artigo_ler.asp?codigo=30)>. Acesso em: 14 dez. 2011.

CAETANO, Marilda Alves. O controle externo e a crise do Judiciário. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*, Brasília, edição especial, p. 223-228, 1996.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. Reforma do Judiciário. Tribunal Constitucional e Conselho Nacional de Justiça: Controles externos ou internos? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 164, p. 367-381, out./dez. 2004.

CARVALHO, Ernani. O controle externo do Poder Judiciário: o Brasil e as experiências dos conselhos de justiça na Europa do sul. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 170, p. 99-109, abr./jun. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público: complexidades e hesitações. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 12, n. 63, p. 15-38, set./out. 2010.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 43, p. 42-45, 1994.

CASTELLO, Jose Carlos Bruzzi. Controle externo. Pretende-se a submissão do Judiciário a um tribunal político. *Adv – Advocacia Dinâmica*, São Paulo, n. 30, p. 326, 1995.

CAVASSANI, Patrícia. A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): Política Nacional de Conciliação no Judiciário Brasileiro. Disponível em: <<http://www.novoaprado.com.br/?p=1110>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

CENEVIVA, Walter. Controle externo do Judiciário pode melhorar o poder que julga. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 60, p. 63-78, 1995.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O fim do nepotismo no Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça e a evolução do estado de direito. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 63-70, out./nov. 2005.

CHAVES, José Péricles Chaves. Reforma do Poder Judiciário, fatos históricos e alguns aspectos polêmicos. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4212>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

CHIAVENATTO, I. *Administração nos novos tempos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CLÉVE, Clémerson Mélin. *O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Beatriz Cesarino Mendes. *Políticas públicas e controle de juridicidade*. Porto Alegre: Fabris, 2010.

CONCILIAÇÃO: uma política pública nacional do Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/16060:conciliacao-uma-politica-publica-nacional-do-judiciario>>. Acesso em: 08 nov. 2011.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. O Conselho Nacional de Justiça: competências e aspectos processuais. *Revista do INBRAP*, Montes Claros, v. 1, n. 1, p. 209-223, maio 2006.

\_\_\_\_\_. O Conselho Nacional de Justiça: missões e primeiros passos. *Adv: Seleções Jurídicas*, São Paulo, p. 8-13, abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Diretrizes para a instituição do Conselho Nacional de Justiça no Brasil. *Direito Federal: Revista da AJUFE*, Campinas, n. 67, p. 231-250, jul./set. 2001.

COSTA, Orlando Teixeira da. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista LTR*, São Paulo, v. 58, n. 3, mar. 1994.

CRUZ, Diniz Ferreira da. O controle externo da magistratura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 700, p. 256-276, 1994.

D'ANGELO, Elcio Felix. O controle externo como mecanismo de celeridade e modernização do Poder Judiciário. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 36, p. 220-235, jul./set. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Gestão administrativa e reforma do Poder Judiciário. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 23, maio/jun. 2003.

ESPECIALISTAS internacionais elogiam resolução do CNJ sobre conciliação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14887-especialistas-internacionais-elogiam-resolucao-do-cnj-sobre-conciliacao>>. Acesso em: 11 dez. 2011.

FERNANDES, Osmar Machado. Do controle do Mi-

nistério Público e do Poder Judiciário pelo CNMP e CNJ. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 57, p. 13-18, jan./fev. 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, São Paulo, 21/14, 1994.

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Gigantesco detaile: controle externo do Poder Judiciário. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 13, p. 67-69, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, São Paulo, v. 9, n. 44, 2007.

FONSECA, William Lopes da. O controle social do Poder Judiciário, a independência da magistratura e o caráter político da função jurisdicional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 841, p. 87-117, nov. 2005.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 6, n. 20, 2008.

FONTES, João Roberto Egydio Piza. A reforma do estado e o Judiciário: em busca da “eficácia social” da prestação jurisdicional: uma reflexão sobre o controle externo do Judiciário e o efeito vinculante das súmulas dos Tribunais Superiores. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 17, 1997.

FRANÇA, Phillip Gil. O controle da administração pública e sua efetividade no estado contemporâneo. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v. 9, n. 43, p. 167-197, maio/jun. 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Rafael Barreto. O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 10, n. 51, set./out. 2008.

GIBSON, Emiliano Rodrigo Melo. Conselho Nacional de Justiça: controle externo ou usurpação jurisdicional e legiferante. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 12, t. 2, n. 25, p. 693-709, jan./jun. 2007.

- GOMES, Luiz Flávio. Aspectos políticos: controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 697, p. 408-417, 1993.
- \_\_\_\_\_. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 668, p. 231-236, 1991.
- \_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade do controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 687, p. 246-249, 1993.
- \_\_\_\_\_. Poder Judiciário; controle interno e externo e revisão constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 43, p. 46-55, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A questão do controle externo do Poder Judiciário: natureza e limites da independência judicial no estado democrático de direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- GONÇALVES, Wagner. O controle externo do Judiciário e do Ministério Público. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 173, p. 33-34, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ainda sobre o controle externo da magistratura. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 29-34.
- \_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.mediativa.org.br/index.php/midiatica/content/view/full/669?intSecao=2&intConteudo=180>, 14 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, 2008.
- \_\_\_\_\_. Referindo Oswaldo Canela Junior. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, 2011.
- HOLANDA, Irving William Chaves. A criação e evolução histórica do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: limites aos poderes administrativos do Órgão Censor. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 14, n. 30, p. 211-233, 2009.
- JUNKES, Sérgio Luiz. O acesso à justiça na dimensão do Conselho Nacional de Justiça: uma abordagem garantista. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 117, p. 173-196, abr. 2009.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. O controle externo da atividade jurisdicional e a criação do Conselho Nacional de Justiça. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 56, p. 86-95, 1995.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O Conselho Nacional de Justiça e a administração do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, n. 58, p. 65-81, 2005.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LEVY, Fernanda et al. *Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça. Leitura comentada*. Disponível em: <<http://www.foname.com.br/wp-content/uploads/2011/10/MEDIACAO-CNJ-RESOLUCAO-GUIA-PRATICO-final.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2011.
- LORENZONI, Eduardo Kurtz. Um ano de CNJ: Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 111-124, jan./abr. 2007.
- \_\_\_\_\_. Um olhar sobre o Conselho Nacional de Justiça: entrevista. *Estado de Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 6-7, mar. 2006.
- MACHADO, Mario Brockmann. Separação de poderes e controle externo do Judiciário. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 9, p. 81-86, 1994.
- MACIEL, Cláudio Baldino. Governo sem controle: controle externo do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 174, p. 66, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, n. 888, 2009.
- MANUAL de implementação: Projeto Movimento pela Conciliação. Disponível em: <[http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto\\_nacional/ManualImplem20060914.pdf](http://www.tj.sc.gov.br/institucional/especial/coordjuzesp/projeto_nacional/ManualImplem20060914.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2011.

MARDEGAN, Maria Beatriz Espírito Santo. *Arbitragem: um meio de acesso à ordem jurídica justa.* Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8665](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8665)>. Acesso em: 14 dez. 2011.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. *Controle externo do Judiciário.* Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, v. 3.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O controle externo: Poder Judiciário. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 173, p. 24-26, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do descumprimento do princípio do juízo natural – CNJ não possui competência originária para instaurar processo administrativo disciplinar contra magistrado – Princípio da subsidiariedade. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 10, n. 114, p. 16-23, ago. 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Poder Judiciário: problemas, propostas e controle externo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 109-147, 1996.

MIGUEL FILHO, Raduan. *Conciliação: a solução da lide e a celeridade na prestação jurisdicional.* 2008. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

MORAES, Alexandre de. Conselho Nacional de Justiça e efetivação do princípio da celeridade processual – Procedimento por excesso de prazo: comentário à representação por excesso de prazo n. 9 de 2005 do CNJ. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 243, p. 275-282, set./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Controle externo do Poder Judiciário. Inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 140, p. 59-64, 1998.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. Observações iniciais sobre o Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 134, p. 122-142, abr. 2006.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. A magistratura como poder. *Lex: Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, São Paulo, v. 143, p. 7-13, 1994.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Judiciário envergonhado: argumentos no favor de seu controle externo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 699, p. 253-261, 1994.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 323-345.

OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. <http://jus.com.br/revista/texto/4306/o-poder-judiciario-morosidade>.

OLIVEIRA, Romão Cícero de. A reforma do estado e o Poder Judiciário. *Adv: seleções jurídicas*, São Paulo, p. 31-36, dez. 1995.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: divisão ou concentração de poderes? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 93-126, 2000.

PACHECO, José da Silva. Do conselho nacional de justiça e das ouvidorias de justiça. *Adv Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, n. 35, p. 677-679, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 696, p. 282-286, 1993.

PAULA FILHO, Rubem Lima de. Conselho Nacional de Justiça: justificativa de criação e conformação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 20, n. 7, p. 56-64, jul. 2008.

PEDERSOLI, Christiane Vieira Soares. A atribuição regulamentar do Conselho Nacional de Justiça e seus limites: alguns apontamentos sobre o ato administrativo regulamentar e a vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 61, n. 192, p. 39-49, jan./mar. 2010.

PEREIRA, Fabricio Facaroli. *Ativismo judicial:* para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/view/248/252>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRUDENTE, Antonio Souza. Poder Judiciário e controle externo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 124, p. 5-8, 1994.

RAMOS, José Saulo. Renault e reynaud, controle externo pelo lado de dentro muito pouca gente sabe como surgiu, no Brasil, a ideia do controle externo do judiciário. Eu sei. Eu vou contar (judiciário). *Diálogos e Debates*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 18-20, 2003.

REBOUCAS, Francisco de Paula Sena. O controle externo da sociedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 698, p. 257-259, 1993.

\_\_\_\_\_. Os caminhos de uma revolução cultural: obscurantismo e inconstitucionalidade nos temas do “controle externo” e da “súmula vinculadora” do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 826, p. 69-92, 2004.

RIBAS FILHO, Thiago. O controle externo do Poder Judiciário. *Arquivos dos Tribunais de Alçada*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 1-8, 1992.

RIBEIRO, Zulaié Cobra; ARBEX, Sergio Cobra. A urgente reforma da estrutura do Poder Judiciário e o seu imprescindível controle externo. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 75, p. 104-106, 2004.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROSILHO, André Janjácomo. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 4, n. 14, p. 37-83, abr./jun. 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça. Algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 858, p. 103-129, abr. 2007.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – anulação do XLI Concurso Público para atividades notariais e/ou registrais do Estado do Rio de Janeiro por violação aos princípios da moralidade e da imparcialidade (Parecer). *Revista de Direi-*

*to Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 209-228, maio/ago. 2010.

SABBATO, Luiz Roberto. Judiciário – controle externo – aspectos constitucionais – mecanismo admissível nos países que adotam a bipartição do poder – inconstitucionalidade no Brasil – experiência francesa – origem – evolução – desmantelamento do Judiciário – infiltração política – esforço de recuperação – Brasil na contramão da história. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 820, p. 91-97, fev. 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário e a Sociedade, *O judiciário e a sociedade*, 2005. Mimeo.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. 10, n. 1, maio 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Delegação de competência: exame de delegação invocada pela Corregedoria do CNJ. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 906, p. 29-59, abr. 2011.

SAVINO FILHO, Cármire Antônio. O controle externo do Judiciário. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 48-49, 1998.

SEMANA Nacional da Conciliação. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias\\_todas/semananacionaldeconciliacao.html](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/noticias_todas/semananacionaldeconciliacao.html)>. Acesso em: 14 dez. 2011.

SILVA, João Baptista da. O controle externo “híbrido do Poder Judiciário”. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 124, p. 1-28, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA. Maria Ozanira. *Avaliação de políticas e programas sociais: teoria e política*. São Paulo: Veras, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Controle da atividade de juízes e promotores de justiça pelo CNJ e CNMP. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 7, n. 24, p. 49-62, jan./mar. 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. Administração Judiciária e Organização Judiciária. *Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clémerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista da Esmesc*, Florianópolis, v. 12, n. 18, p. 17-26, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; SOUZA JUNIOR, Cezar Saldaña. Controle externo, súmulas vinculantes e a reforma do Judiciário como condição de democracia? *Debates [Da] Fundação Konrad Adenauer*, São Paulo, n. 20, p. 89-107, mar. 1999.

TAVARES, André Ramos. O Conselho Nacional de Justiça e os limites de sua função regulamentadora. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 13-26, jan./mar. 2009.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Revista DADOS*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

THOMÉ, Débora Dias. O Poder Judiciário e a efetivação de políticas públicas: a mediação como padrão de atuação nos processos coletivos. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, 1 out. 2011. Disponível em: <[http://www.processoscoletivos.net/ve\\_artigo.asp?id=85](http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=85)>. Acesso em: 6 dez. 2011.

TORRES, Eliseu Gomes. Controle externo do judiciário será um centro imantador de lobby e pressões sobre juízes e tribunais. *Adv Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, n. 21, p. 276-277, 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*. 4ª ed. Revista dos Tribunais, 2005.

TREVISAN, Carlos Henrique Miguel. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 693, p. 37-43, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle externo do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo horizonte, n. 80, p. 53-76, 1995.

\_\_\_\_\_. Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 195, p. 9-23, 1994.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: Controle externo e súmula vinculante. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 75, p. 23-27, 2004.

VILLEN, Antonio Carlos; CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Controle externo e interno do Judiciário – o controle político-ideológico e as súmulas vinculantes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 720, p. 343-346, 1995.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 814, ago. 2003.

WATANABE, Kazuo. *Política de conciliação desafoga o Judiciário e pacifica as relações sociais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14891:politica-de-conciliacao-desafoga-o-judiciario-e-pacifica-as-relacoes-sociais>>. Acesso em: 11 dez. 2011a.

\_\_\_\_\_. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 36, n. 195, 2011b.

ZANELLA, Luciane. Solução de controvérsias. Disponível em: <<http://jandirpauli.imed.edu.br/>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

# Cadastramento de consumidores e sistemas de pontuação de crédito: paralelos e reflexões em prol do direito à informação



Foto: arquivo pessoal

**Fabiana dos Santos Kaspary**

Juíza de Direito

Especialista em direito do consumidor  
pela Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul – UFRGS

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A informação no Código de Defesa do Consumidor. 2.1 A informação como valor e a transparência como ideal na relação fornecedor-consumidor. 2.2 Direito e dever de informação no Código de Defesa do Consumidor. 3 Informação e concessão consciente do crédito. 3.1 Negativa legítima ao crédito pelo fornecedor. 3.2 Consumidor não

consciente e tutela preventiva. 4 Lei do Cadastro Positivo. 4.1 Objetivo da disciplina do banco de adimplentes. 4.2 Paralelo à disciplina dos cadastros negativos. 4.3 Informação e autorização de abertura do cadastro. 4.4 Prazo de manutenção dos cadastros negativo e positivo. 5 Sistemas de pontuação de comportamento de consumo. 5.1 Deveres do gestor do banco de dados. 5.2 Atribuição da medida da responsabilidade e solidariedade. Conclusão.

## 1 Introdução

Informação: indissociável patrimônio adquirido do Homem pós-moderno. Na visão de Lyotard, de tal relevância que evoluiu de um fim a ser perseguido para a principal força de produção<sup>1</sup>. A informação circunda o ser da pós-modernidade em todos os ambientes que frequenta, reais ou virtuais, acompanha-o em todos os momentos de seu dia. Está presente mesmo quando não solicitada ou desejada. Cabe ao alcance da mão que retira do bolso o aparelho que outrora servia apenas para conectar um interlocutor a outro e que hoje alcança, em segundos, o mundo a seus usuários. Imiscui-se nos mais privativos âmbitos, chega ao indivíduo nas horas mais impróprias, invade sua correspondência, seus pensamentos e seus momentos de solidão.

Predecessor de uma era de acesso à informação por meios imediatos e quase onipresentes, mesmo quando o desenvolvimento

1 – LYOTARD, Jean François. *A condição pós-moderna*. 7ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, p. 5.

tecnológico não imaginava tais formas de comunicar e transmitir um universo de dados ao Homem pós-moderno, o artigo “*Rigth to Privacy*”<sup>2</sup>, publicado na *Harvard Law Review*, em 1890, já externava a preocupação com a preservação da esfera íntima do indivíduo, preconizando pelo “direito de estar só”. Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis tinham por contexto não o mundo globalizado e virtualizado de hoje, mas a expansão da atuação da imprensa, das inovações científicas e dos métodos de negociação, que produziam interferências indesejadas na privacidade dos membros de sua sociedade contemporânea. A inconveniente divulgação pela imprensa de detalhes pouco agradáveis ocorridos em uma festa privada familiar do advogado Warren foi o incentivo para a redação do artigo, mas, servindo aos anseios de muitos, como semente da proteção à inviolabilidade da privacidade, nestes termos despertou o interesse das cortes e dos doutrinadores de Direito estadunidenses:

The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere body injury.<sup>3</sup>

Como bem lembrou Leonardo Bessa<sup>4</sup>, embora, na origem, a reserva da privacidade

estivesse mais associada ao direito (e desejo de Warren) de ser deixado em paz, da reflexão delineava-se a base do direito à intimidade e à vida privada, assegurado em ordenamentos jurídicos ao redor do mundo e consagrado, igualmente, no art. 5º, X, da Constituição Federal Brasileira, sob o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em reconhecimento de que a privacidade é valor inherent à pessoa humana. À necessidade de informar e de ser informado contrapõem-se os limites de proteção constitucional ao direito da personalidade e, na esteira da garantia fundamental, à medida que evoluem os meios de disseminação e o interesse por informações que tangenciam a intimidade dos indivíduos, a legislação infraconstitucional oferece a proteção da vida privada e o resguardo do Homem, tal qual propugnavam Warren e Brandeis, contra a rapidez das relações jurídicas em que se envolve sem mesmo perceber.

O próprio indivíduo, assolado pela torrente de dados que lhe são acumulados todos os dias, sente necessidade de compartilhá-los e de, assim, fazer parte da sociedade pós-moderna. A informação cibernética contém, nela mesma, meios de habilitar o homem pós-moderno a disseminá-la, transmiti-la a quem por ela se interesse e a quem jamais cogitou de por ela interessar-se. O anseio de extravasar informações culmina em abrir mão de sua própria privacidade, ele próprio tratando de engendrar-se em redes sociais e comerciais, de divulgar de comezinhos fatos cotidianos à mais urgente notícia do panorama mundial. Torna-se, assim, meio dos meios de informação, porque, dessa forma, ao mesmo tempo em que se destaca como diferente dos demais, sente-se parte da coletividade, sempre rápida e fugaz, a um passo a frente do individual. Informar e ser informado são pressupostos da participação do indivíduo na “sociedade sem fronteiras”, assim batizada

2 – WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The rigth to privacy*. Apud CARVALHO, Ana Paula Gamborgi, O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. In: NERY JÚNIOR, Nelson (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Doutrinas essenciais – responsabilidade civil*. V. 8. *Direito à Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 347-9.

3 – Em tradução livre: “A intensidade e complexidade da vida, acompanhados do avanço da civilização, tornaram necessário algum retiro do mundo e o homem, sob a fina influência da cultura, tornou-se mais sensível à publicidade, de forma que a solidão e a privacidade tornaram-se mais essenciais que o individual; mas a empresa moderna e a tecnologia têm, através de invasões sobre sua vida privada, submetido-o à dor mental e ao sofrimento, muito maior do que poderia ser inflingida por uma mera lesão corporal”.

4 – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

por Erik Jayme<sup>5</sup>. A respeito, bem esclarece Fernanda Nunes Barbosa<sup>6</sup>:

Mais do que nunca, na pós-modernidade (ou modernidade tardia), da qual a pluralidade e a diferença são marcas registradas, ao contrário da modernidade, a comunicação ganha relevo, surgindo como uma vontade irresistível e significando, além disso, integração do sujeito numa sociedade sem fronteiras.

O mundo público é o palco dos anseios privados ou, como melhor define Zygmunt Bauman:

"Para o indivíduo, o espaço público não é muito mais que uma tela gigante em que as aflições privadas são projetadas sem cessar, sem deixarem de ser privadas ou adquirirem novas qualidades coletivas no processo da ampliação: o espaço público é onde se faz a confissão dos segredos e intimidades privadas. Os indivíduos retornam de suas excursões diárias ao espaço 'público' reforçados em sua individualidade de jure e tranquilizados de que o modo solitário como levam sua vida é o mesmo que de todos os outros 'indivíduos como eles' (...)"<sup>7</sup>.

É aparente, pois, a dicotomia entre o anseio por partilhar informações, como agente destacado da coletividade, e o desejo por preservar a intimidade. Inobstante tenha o indivíduo optado, em algumas circunstâncias, por destituir-se de sua privacidade para assemelhar-se aos outros no cenário público e identificar-se com a coletividade, tal não importa dizer que não se preocupe com as informações a seu respeito que sejam acessíveis publicamente ou a um grupo restrito de pessoas. Na hodierna sociedade de informações, ser detentor de dados, sobretudo privilegiados, é ostentar posição de supremacia. Ter o poder de manejá-los e alcançá-los a outrem é sobrelevar-se ao ordinário, é contar com valiosa moeda de trânsito econômico.

5 – JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*. Kluwer, Dordrecht, 1995, II, p. 257.

6 – BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 36.

7 – BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 49.

Essa oligarquia de gerenciamento de informações, contudo, porquanto envolve mais que meros atores de uma sociedade pluralista, porquanto abarca sujeitos reais de relações sociais, econômicas e jurídicas, não deve refugir à atenta e constante apreciação do Direito. Não há mais lugar, na sociedade pós-moderna, para escambo de informações comerciais e manutenção de róis e álbuns sigilosos.

A regulação sobre a obtenção, uso e compartilhamento de dados é imperiosa para que se preservem valores humanos alçados à categoria de direitos fundamentais constitucionais. Didática a consideração tecida pela Profa. Fernanda Barbosa na obra supramencionada<sup>8</sup>:

O reconhecimento do direito à informação como direito fundamental do consumidor decorre basicamente da verificação de que o consumidor é, antes de tudo, pessoa humana, e como tal não pode ser considerado apenas na sua esfera econômica.

Entretanto, ao mesmo tempo em que interessa ao sujeito de direito seja conhecida sua boa-fama nas relações comerciais que entravou, interessa ao mercado conhecer os maus antecedentes contratuais daquele a quem vai conceder crédito. Hoje, após décadas de concessão indiscriminada e irresponsável do crédito, interessa, mesmo à coletividade, como destinatária dos efeitos negativos no mercado dos riscos do inadimplemento, tutelar e, por que não dizer, restringir a celebração de contratos por aqueles que não demonstrem capacidade de honrar as obrigações pactuadas. Como destaca Leonardo Roscoe Bessa:

Não há crédito sem conhecimento. Não há conhecimento sem informação. Com a obtenção de dados pessoais, pretende-se conhecer o potencial tomador do empréstimo. [...] Assim, presente a intenção de se conceder crédito, há, simultaneamente,

8 – BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

o legítimo interesse de colher informações do candidato ao empréstimo com finalidade específica de obter grau satisfatório de segurança, dados que permitem avaliar os riscos do negócio, de eventual insolvência. [...] No mercado, o risco de inadimplência dos consumidores é um importante fator para dimensionar o cálculo empresarial, permitindo-se o exercício de atividade lucrativa<sup>9</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor já se ocupava em preservar a informação como um valor inerente à relação de consumo, não só de forma intrínseca, preconizando pela clareza e veracidade das fases pré-contratual e contratual, mas também extrinsecamente ao contrato de consumo em si, haja vista o regramento contido em seu art. 43. A norma em tela visa a harmonizar o interesse privado do candidato ao crédito e a necessidade de informação do concedente do crédito, limitando o poder dos detentores e gestores de dados de forma a que tais informações, públicas, em última análise, sirvam de substrato à racional distribuição do crédito. O fornecedor tem o dever de zelar pela atualidade e autenticidade dos dados que envia ao sistema. O arquivista tem a obrigação de dar conhecimento ao cadastrado da abertura e conteúdo do registro que lhe foi enviado. O consumidor cadastrado tem o direito de conferir, confrontar e retificar tais informações.

Nesse contexto, a par dos cadastros de inadimplentes, exsurge também a edição da Lei n. 12.414, de 09-06-2011, tendente a disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações acerca de adimplemento e histórico de crédito. Recentemente, foi regulamentada pelo Decreto n. 7.829, de 17-10-2012, que alcança ao aplicador da lei esclarecedora disciplina para lidar com a nova onda informativa em termos de histórico creditício.

Como natural consectário da rapidez das relações e necessidades humanas, mais afoitas que o Direito que as regula,

nova realidade em termos de cadastros de informações de consumidores tem provocado a atuação do Judiciário em demandas repetitivas que aportam às centenas nos fóruns: os sistemas de pontuação baseados no histórico de crédito. Não tendo ainda merecido atenção do legislador, as ferramentas disponíveis a partir de princípios constitucionais, de princípios gerais da lei protetiva consumerista, do próprio art. 43 do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 12.414/11, permitem se tracem algumas considerações a respeito, no sentido de que recebam bancos de dados negativos, positivos e de histórico de crédito, em princípio, neutros, um mesmo tratamento jurídico e viabilizem a maior segurança, tanto do consumidor que almeja o crédito quanto do fornecedor que o oferece e, por fim, do mercado que absorve os riscos da inadimplência.

### 2 A informação no Código de Defesa do Consumidor

Em conferência do 5º Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, a Profa. Claudia Lima Marques, analisando e discorrendo acerca da teoria de Erik Jayme sobre o sujeito de direito na pós-modernidade, traça importante histórico rumo à constitucionalização que a defesa do consumidor mereceu na Carta de 1988. Lembra a doutrinadora que as relações sociais e econômicas da era pós-moderna, como fruto do pluralismo, relativismo cultural, globalização e perda da individualidade, tendiam à massificação dos contratos e ao nascimento do contrato despersonalizado. Entretanto, acrescenta, ainda citando Jayme, que “o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade qualifica-se quando recebe direitos fundamentais e acaba por modificar as instituições em que está”<sup>10</sup>.

9 – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23-4.

10 – MARQUES, Claudia Lima. *Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set., 2000, p. 61-96.

**“Os direitos do consumidor, dentre eles o direito à informação, inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos tais nas últimas décadas do século XX.”**

Assim é que, ao merecer lugar no rol de direitos fundamentais insertos no art. 5º da Constituição Federal, no inc. XXXII, reconhecida e sedimentada restava a especial proteção ao consumidor, tendo, por consequência, o respaldo constitucional aos demais direitos decorrentes da regulação da relação de consumo no microssistema do CDC, notadamente, ao direito à informação. A respeito, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo:

Os direitos do consumidor, dentre eles o direito à informação, inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos tais nas últimas décadas do século XX. E apenas foi possível quando se percebeu a dimensão humanística do exercício de cidadania que eles encerram, para além das concepções puramente econômicas.<sup>11</sup>

Com efeito, válido o ato de vontade hábil a gerar efeitos, se originado a partir da percepção real e livre de vícios do sujeito, objeto e circunstâncias que definem o contrato. Somente ao contratante bem-informado, assim entendido o que teve acesso à integral e verdadeira informação sobre os deveres que está a assumir e todas as consequências que decorrem da celebração do negócio, pode-se exigir cumpra a obrigação nele contida. A informação assume papel de baliza à fidelidade aos termos no contrato. Ela garante a man-

tença da boa-fé objetiva, do momento pré-contratual até a execução do pacto, uma vez que, quando respeitada, representa a lealdade, sinceridade e transparência que espera o consumidor na relação entabulada.

## 2.1 A informação como valor e a transparência como ideal na relação fornecedor-consumidor

A primazia do Princípio da Transparência como balizador das relações de consumo resta sedimentada no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Clara a intenção do legislador direcionada à harmonização das verdadeiras vontades dos participantes da relação de consumo. De um lado, o consumidor, bem ciente dos termos do contrato entabulado, de seu objeto e consequências. De outro, o fornecedor, fiel à oferta, com deveres de manutenção de qualidade e segurança do produto ou serviço prestado. Preleciona a respeito Claudia Lima Marques: “Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor.”<sup>12</sup> Também Sérgio Cavalieri Filho agrupa a informação como consectário lógico do respeito à transparência festejada pelo Código de Defesa do Consumidor:

A principal consequência do princípio da transparência é, por um lado, o dever de informar do fornecedor e, por outro lado, o direito à informação do consumidor, do qual trataremos oportunamente. Tal implica, em primeiro lugar, a proibição da criação artificial de barreiras de informação, em busca de ocultação de desvantagens para a outra parte ou de enganosa valorização das vantagens que o contrato lhe proporcionará.<sup>13</sup>

Não menos importante a lição do Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, para quem “o dever de informação tem assumido

11 – LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, jan./mar., 2001, p. 62.

12 – MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 745.

13 – CAVALIERI, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39.

cada vez maior importância em nossa sociedade de consumo massificada. A impessoalização das relações de consumo, que envolvem de um lado, um fornecedor profissional e, de outro lado, um consumidor anônimo, exige o máximo de transparência, sinceridade e lealdade entre as partes.”<sup>14</sup> A transparência, ao lado da boa-fé objetiva, pois, é pressuposto do direito à informação garantido ao consumidor pela lei protetiva em seu art. 6º, III.

### 2.2 Direito e dever de informação no Código de Defesa do Consumidor

A maioria dos doutrinadores ressalta o direito à informação no Código de Defesa do Consumidor como informação sobre as características do objeto do contrato, consubstanciado em direito às instruções sobre a correta utilização do produto ou serviço e advertência sobre riscos potenciais, bem como sobre o conteúdo do negócio que está sendo celebrado. Explica Claudia Lima Marques:

Eis porque institui o Código de Defesa do Consumidor um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das obrigações que estará assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou que simplesmente não deseja.<sup>15</sup>

Também o Min. Antonio Herman Benjamin, interpretando o art. 31 de forma sistemática com outros dispositivos do CDC, no julgamento do REsp n. 586.316/MG, dimensiona o direito à informação inserto no Código de Defesa do Consumidor em quatro categorias, quais sejam, informação-conteúdo (acerca das características intrínsecas do

produto e serviço), informação-utilização (forma de usar o produto ou serviço), informação-preço (custo, formas e condições de pagamento) e informação-advertência (riscos do produto e serviço)<sup>16</sup>. Salienta também a importância de que tal informação atenda a requisitos, a saber, seja correta e verdadeira, seja clara e de fácil compreensão, seja objetiva e não prolixas, seja ostensiva, ou que possa ser facilmente constatada e que, por fim, esteja redigida em vernáculo pátrio.

Contudo, a redação do art. 43 deixa evidente que há outra faceta do direito à informação do consumidor a ser valorizada, qual seja, o de acesso aos dados que houver sobre si próprio em cadastros de caráter público. Mais que inserto em artigos ao longo do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, o dever anexo de informação do fornecedor está presente como uma diretriz geral a nortear toda e qualquer relação de consumo, calcado na boa-fé objetiva, sempre preservando a lealdade dos termos e vontades que permearam o contrato. Na esteira do pensamento, sintetiza Heloísa Carpena: “São deveres de cuidado, de informação, de segurança e de cooperação, que estão presentes em todas as relações, mesmo as extracontratuais, pois são deveres de conduta humana.”<sup>17</sup> Toda e qualquer informação, ainda que acessória, que releve ao consumidor, necessariamente há de lhe ser disponibilizada, pena de sua falta culminar em prejuízo ao consumidor e que deva ser posteriormente objeto de reparação.

Assim é que viola o dever geral de informar o médico anestesista que conhece seu paciente minutos antes do ato cirúrgico e lhe alcança documento formal, que intitula “Consentimento Informado”, repleto de termos técnicos, para que seja assinado, na

14 – SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

15 – MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 745.

16 – MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

17 – MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista da EMERJ, n. 3, v. 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 1988, p. 77.

sala de preparação pré-cirúrgica, em momento de natural apreensão e incapacidade de discernimento pleno. Evidente que o consumidor não teve oportunidade de, em consulta prévia e necessária com o profissional da medicina, tomar ciência de todas as opções possíveis para sua cura ou tratamento, tampouco dos detalhes do procedimento a que se vai submeter e, menos ainda, dos riscos que o envolvem. Tampouco observa o dever geral o transportador aéreo que, preterindo seu passageiro por venda de passagens superior à capacidade da aeronave ou cancelando voo por sua conveniência econômica, deixa de informar o consumidor do teor da Resolução n. 141 da ANAC, de 15 de julho de 2010, pela qual tem o contratante de transporte aéreo direito a várias formas de assistência, desde auxílio material até reacomodação em voo de outra empresa, com custos suportados pelo fornecedor falso. Ouso dizer que também não respeitam o princípio da transparência e o dever anexo de informação os manuais de produtos eletroeletrônicos e respectivos termos de garantia, que jamais contêm dado sobre a vida útil média a ser esperada do produto, induzindo o consumidor a pensar que, passado o prazo de garantia contratual expresso no certificado, nada mais haveria de reclamar na hipótese de mau funcionamento do produto. Veja-se, aqui, que não há, de fato, objetivamente qualquer regra que obrigue o fabricante a incluir tal informação no produto. Entretanto, partindo-se da premissa de que a lei não estipulou prazo de garantia genérica e que jurisprudência e doutrina consagraram o entendimento pelo qual, em existindo víncio oculto, perpetua-se o dever do fornecedor pela qualidade do produto durável pelo tempo médio de vida útil que se razoavelmente espera do bem, sem prejuízo a somar-se à garantia contratual concedida, de suma relevância ao consumidor conhecer tal dado, relativamente a cada produto que

adquire, informação exclusivamente detida pelo fabricante<sup>18</sup>.

### **3 Informação e concessão consciente do crédito**

Paralelamente ao volume de demandas revisionais de contratos bancários, busca e apreensões de automóveis e execuções e cobranças dos mais diversos contratos de consumo que ingressaram nas últimas décadas, a indicar falta de critérios pelos fornecedores concedentes do crédito e consequente inadimplência massiva, aporta ao Judiciário numeroso incremento de ações tendo por fim excluir consumidores dos cadastros restritivos que atestam sua outrora ou atual inadimplência. Em verdade, é de observar-se que a crescente prática de venda entre fornecedores, sob a forma de cessão onerosa, de carteiras de créditos inadimplidos e a disponibilidade de envio de informações negativas aos serviços de restrição ao crédito importou em redução das ações de cobrança em face de consumidores faltosos com seu dever de pagamento. O cadastramento nos chamados róis de inadimplentes, por quanto geram embaraço à vida social e econômica do consumidor, parece ser meio mais eficiente a compelir ao pagamento, ainda que tardio. Do uso indiscriminado e, por vezes, descuidado e descompromissado, dos cadastros restritivos ao crédito, exsurge o interesse do indivíduo de ser retirado dentre a lista dos malfadados no mercado de consumo.

Isso ocorre porque, ainda que tenha o consumidor verificado, diante do momento em que não conseguiu honrar com o compromisso contratualmente assumido, que sua capacidade econômica não foi bem dimensionada ao desejar o objeto de consumo, é importante exterminar a mácula existente e receber nova chance de crédito, a fim de seguir

<sup>18</sup> – Assim, a título exemplificativo, julgados do TJRS: Apelação Cível n. 70040213407, Apelação Cível n. 70007694078, Apelação Cível n. 70005576756.

consumindo. O consumo é fator de inclusão social, de sorte que releva estar livre dos entranves de uma informação cadastral negativa para inserir-se nessa realidade. Assevera Zygmunt Bauman, com muita propriedade, que o novo pobre é aquele que está impedido de participar do mercado de consumo. Segundo o autor:

Vivemos hoje numa sociedade global de consumidores, e os padrões de comportamento de consumo só podem afetar todos os outros aspectos de nossa vida, inclusive a vida de trabalhador e de família. Somos todos pressionados a consumir mais e, nesse percurso, nós mesmos nos tornamos produtos nos mercados de consumo e de trabalho.<sup>19</sup>

Ao passo que a capacidade para o trabalho é limitada e, proporcionalmente, o é a fonte de renda hábil a financiar o desejo de consumo, o apelo pela aquisição é crescente. Assim é que, uma vez livre da pecha de mau pagador, não necessariamente teria esse consumidor adquirido a consciência necessária para contratar em nova operação de crédito futura de acordo com suas possibilidades efetivas de adimplemento. Prova disso o aumento de situações de superendividamento a merecerem atenção do Judiciário, atenção essa que é senão restaurativa e que, embora como iniciativa pioneira e com resultados reconhecidos, não dispensa a tutela do legislativo como medida preventiva.

### 3.1 Negativa legítima ao crédito pelo fornecedor

O acesso prévio pelo fornecedor do histórico de crédito do candidato ao financiamento encerra para o comerciante concomitantes direito e dever. Porquanto a ninguém é obrigada a celebração do contrato, forte, primordialmente, no art. 5º, II, da Constituição Federal, tem o fornecedor direito de negar crédito àquele que se revela potencial inadimplente, por ter esgotado sua capacida-

de de honrar com as parcelas já pactuadas.

Não há como, atentando para a garantia constitucional suprareferida, deixar-se de admitir que o crédito possa ser legitimamente negado mesmo àquele que apresentar o melhor histórico do mercado, isento de máculas, inadimplências ou atrasos em contratações pretéritas. Ainda que esteja protegido o consumidor contra informações negativas que tenham sido indevidamente lançadas em seu nome ou em seu histórico de crédito, podendo anulá-las e reivindicar nova avaliação de sua capacidade creditícia, não lhe assiste absolutamente direito subjetivo de exigir a celebração do contrato de natureza bilateral e sinaligmática, por mais que demonstre que não há qualquer óbice à pactuação ou qualquer possibilidade de futura inadimplência. Ao comerciante ainda se reserva a faculdade de não contratar. Tampouco está ele adstrito a vincular sua decisão a uma ou outra razão, seja de ordem objetiva ou subjetiva. Nenhum consumidor que ingresse em juízo, acostando os mais exemplares antecedentes de bom comportamento perante seus credores, contará com base legal para instar o fornecedor a com ele celebrar negócio jurídico, exceto se já houver oferta ou outra espécie de pré-contrato ou prática pré-contratual que obrigue a emitir sua declaração de vontade em pacto definitivo.

Ensaio para avalizar o consumidor hábil a honrar os compromissos a serem assumidos no contrato de crédito e impor ao fornecedor a inviabilidade de negar a pactuação veio no Projeto de Lei n. 3.240/2000<sup>20</sup>, com a proposta de inclusão do § 6º no art. 43 do CDC, o qual teria a seguinte redação:

19 – BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 65.

20 – De autoria do Deputado Mauro Benevides, foi arquivado, por finda a legislatura, na forma do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em janeiro de 2011. Em fevereiro do mesmo ano, foi deferido o pedido de desarquivamento, não tendo havido notícia ainda de continuidade da tramitação, até consulta em 10-01-2013 no sítio da Câmara de Deputados, link referente à ficha de tramitação do PL n. 3.240/2000. Vide: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?...19330](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?...19330).

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 186, terá acesso às informações arquivadas sobre ele existentes em cadastros, fichas, registros e bancos de dados pessoais de consumo, bem como de suas respectivas fontes, independentemente de pagamento de qualquer despesa. (...)

§ 6º. Nenhum consumidor, pessoa física ou jurídica, devidamente qualificada, com comprovação da capacidade de pagamento, será privado ou poderá sofrer restrição ao crédito em estabelecimento comercial ou em instituição financeira, pública ou privada, ressalvadas as hipóteses de ter título ou documento de dívida protestada por falta de pagamento, de aceite ou de devolução, bem como ter ação judicial de cobrança em andamento, não contestada, ou, quando julgada procedente, o débito não foi liquidado no prazo legal.

Efing observa que “O intuito deste dispositivo é o de impossibilitar a negativa de crédito a consumidores com base em informações obtidas junto a arquivos de consumo.”<sup>21</sup>. O autor critica somente as ressalvas tecidas nesse § 6º<sup>22</sup>. Todavia, a forma como redigido aparenta estar compelindo o fornecedor a celebrar o negócio necessariamente se nada houver de desabonatório ao histórico de crédito do consumidor, quando, em verdade, fatores de conveniência de ambas as partes sempre podem ser considerados, inclusive subjetivamente, para que não se manifeste o livre consentimento para contratar. O acordo de vontades é elemento indispensável à constituição do contrato, de modo que, tal qual expressa a proposição, aparenta dissonância à Constituição Federal e ao Código Civil, no que concerne à regulação das espécies contratuais em si.

Em contrapartida, uma vez ciente da situação financeira temerária do consumidor e, mesmo assim, concedendo o fornecedor, de modo desleixado com o futuro adimplemento das obrigações, o crédito, que muito possivelmente não será honrado, não se poderá escudar na própria torpeza para, agindo com

21 – EFING, Antônio Carlos. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 249.

22 – *Ibidem*, p. 249-50.

abuso, quando sobrevinda a já imaginada inadimplência, utilizar-se de meios coercitivos vexatórios para compelir ao pagamento da dívida.

O Projeto de Lei do Senado n. 283, de 2012, apresentando justificação direcionada ao aperfeiçoamento da disciplina do crédito e prevenção do superendividamento, acresce, por meio do art. 54-F<sup>23</sup> constante do texto proposto, outras práticas vedadas ao concedente do crédito, a destacar-se a prevista no inc. IV do mencionado artigo, proibindo o assédio ao consumidor para a aquisição de produto ou serviço.

Oportuno o texto do Projeto, uma vez que a proliferação de bancos de dados, quer positivos, quer mistos ou amparados em sistema de pontuação, que tenham por característica agregar vários hábitos de consumo para formar determinado perfil de comportamento no mercado e que alcancem tal perfil ao conhecimento dos fornecedores, é, sem dúvida, fomento ao assédio e constrangimento do consumidor à celebração do contrato. A informação assume, aqui, o papel de subsídio facilitador das negociações no mercado, já que o fornecedor não precisa mais esperar pelo seu parceiro contratual: detém todos os dados de onde encontrá-lo e como seduzi-lo a firmar o negócio. Em tal hipótese, uma vez que o contrato teria origem em prática comercial vedada e porque o assédio prévio equiparar-se-ia à oferta, nos termos como tratada pelo o art. 30 do CDC e com a consequência prevista no art. 35, I, não se haveria de retratar o fornecedor para negar crédito ao bom pagador habitual, invocando em seu favor a liberdade de contratar. A negativa aqui não seria legítima.

Dessarte, ainda que o assédio possa surgir como efeito nefasto da compilação de

23 – Art. 54-F. Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e da legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam crédito, entre outras condutas: (...) IV – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio;

dados em histórico de consumo, o CDC, em diálogo com o art. 187 do Código Civil, ampara plenamente o operador do Direito com meios repressivos em face das condutas abusivas. Por conseguinte, a integração de dados em históricos de crédito, como meio de controle do superendividamento, apresenta face igualmente protetiva da dignidade do consumidor e que ambiciona, neste modo, voto de confiança.

### 3.2 Consumidor não consciente e tutela preventiva

Leonardo Bessa sustenta que a recusa do crédito é fator negativo e que não cabe senão ao próprio consumidor avaliar a conveniência de cumular débitos contratados. Assim preleciona:

[...] o melhor é pressupor que o consumidor, maior e capaz – e, destaque-se, num ambiente de plena informação sobre todas as características dos produtos e serviços [...] – possui autonomia, autodeterminação, liberdade, plenas condições de avaliar a importância e todos os efeitos da assunção de um empréstimo. Desse modo, a denegação do crédito é, sim, um efeito negativo, pois significa recusa a uma pretensão do consumidor.”<sup>24</sup>

Com base na experiência dos Fóruns, todavia, discordamos<sup>25</sup>. É necessário, diante da realidade cultural de consumo que se estabeleceu ao longo de três décadas de deferimento de crédito sem maiores questionamentos, regrar a praxe e tutelar o consumidor que adquire crédito desenfreadamente, impedindo que, por mais que assim deseje, comprometa com deveres contratuais mais do que recebe para manter-se. Não se quer aqui discutir sobre os motivos de endividamento, muitas vezes involuntário, superveniente a um desemprego, doença ou perda familiar. Fato é que o fornecedor

desavisado, isolado das outras relações já engendradas pelo consumidor que lhe solicita crédito, sem conhecimento do efetivo comprometimento da renda já com outros contratos ou da contumaz inadimplência, termina por fomentar o superendividamento do consumidor, seja ele apenas mau administrador de seus recursos e necessidades, seja um real necessitado, seja um despreocupado habitual devedor.

Essa imperativa tutela deve preceder às situações de insolvência, deve servir, antes, de mecanismo a impedir, tanto quanto possível, o endividamento, ao menos o voluntário. A Constituição Federal, em seu art. 170, dá suporte ao incremento de ações positivas do Estado, a fim de assegurar que a ordem econômica, calcada indubitavelmente na livre iniciativa, não se dissocie da busca de uma existência digna e da defesa do consumidor, *vide inc. V*. Tal importa dizer que se inserem nos fins do Estado Democrático de Direito, fundado na cidadania e dignidade da pessoa humana, não só as normas que visem à proteção do consumidor em face do agir falso do fornecedor, mas que também as que o socorram quando ao próprio consumidor minguarem elementos para eleger a conveniência e momento de contratação do crédito, tudo com escopo de prevenir as hipóteses de superendividamento.

Ao comentar, em prefácio, o caderno de investigações científicas sob o tema “Prevenção e Tratamento do Superendividamento”, de edição do Ministério da Justiça, o Professor Giles Paisant, da Universidade de Savoie, França, teceu relevante argumento acerca da intervenção do Estado na autodeterminação do consumidor:

A prevenção consiste em fazer com que o consumidor não seja levado a se comprometer em uma operação de crédito além de suas faculdades racionalmente previsíveis de reembolso. Isso implica, de um lado, que ele seja claro e precisamente comunicado de todas as informações necessárias para que ele possa de-

24 – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

25 – O autor, inobstante, giza que, conforme a óptica de análise, pode a negativa do crédito mostrar-se positiva, já que o superendividamento é mazela que atinge o consumidor e sua família. *Ibidem*, p. 35.

terminar o custo real da operação visada, ao passo que, de outro lado e correlativamente, o organismo de crédito seja obrigado a avaliar a solvabilidade de seu cliente.<sup>26</sup>

Nesse sentido é que nos filiamos ao entendimento da Dra. Karen Danilevitz Bertoncello, uma das implementadoras do Projeto de Tratamento do Superendividamento junto ao Judiciário gaúcho, para quem:

[...] a possibilidade de acesso ao “rol de bons pagadores” viabilizará o conhecimento do grau de endividamento da população pelos fornecedores de crédito. A esse respeito, podemos interpretar que a legislação em comento criou, pela via transversa, a obrigatoriedade de o concedente de crédito consultar o “cadastro” positivo a fim de apurar a capacidade de reembolso do consumidor e, por conseguinte, introduziu a modalidade de crédito responsável já reconhecida doutrinariamente e consagrada na última Diretiva Européia.<sup>27</sup>

Enquanto não se edita a legislação destinada à prevenção do superendividamento<sup>28</sup>, os meios disponíveis a partir da Lei n. 12.414/2011 propõem-se a disciplinar a formação e consulta de histórico de crédito, minimizando os riscos de inadimplência no mercado e impondo um dever de o fornecedor, amparado por dados de que antes não dispunha, passar a conceder conscientemente o crédito.

A equação que se evidencia é que tal seja feito sem se afastar da garantia de preservação da privacidade e do dever geral de informação consagrado no Código de Defesa do Consumidor. A repreensão dos abusos há muito que desafiar ainda os operadores do Direito, justamente pelo poder

que está contido nos atos de compilação e disseminação de informações.

#### 4 Lei do Cadastro Positivo

Quando do encaminhamento da primeira tentativa de disciplinar a matéria ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei n. 5.870/2005, que visava a regular os bancos de dados de proteção ao crédito e relações comerciais, bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informação e consulentes, Mensagem Interministerial dos Ministérios da Justiça e Fazenda dirigida ao Presidente da República manifestava que o motivo da proposta legislativa era:

[...] dotar o País de arcabouço legal que incentive a troca de informações pertinentes ao crédito e transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações, proporcionando uma redução das taxas de juros cobradas em empréstimos e a aplicação nas relações comerciais, favorecendo, principalmente os indivíduos e as empresas que apresentem um bom histórico de crédito.<sup>29</sup>

Em tese, ao conhecer o mercado seus bons pagadores, estariam eles excluídos da distribuição igualitária dos riscos de inadimplência, que majoram o custo do capital. Ao consumidor reconhecidamente habituado a honrar com os compromissos contratualmente assumidos seria viabilizada, dessarte, taxa menor de juros. A Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011, portanto, não só instrumentaria o tratamento de informações, de modo a uniformizar suas fontes e compilar hábitos de crédito em histórico por consumidor, gerando segurança ao fornecedor no momento de contratar, como também representaria, tal disciplina, prêmio aos bons pagadores, em contraponto aos inadimplentes tachados pelos tradicionais róis negativos impeditivos

<sup>26</sup> – MARQUES, Claudia Lima. *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Caderno de investigações científicas / Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima, Karen Danilevitz Bertoncello. Brasília: Ministério da Justiça – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, v. 1, 2010.

<sup>27</sup> – BERTONCELLO, Karen Danilevitz. “Cadastro positivo”: legislação protetiva do consumidor? *Revista Multjuris*. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, v. 6, n. 10, p. 36-40, dez. 2011.

<sup>28</sup> – Em que pese já constantes uma série de medidas no Projeto de Lei n. 283/2012, que visa a acrescer ao próprio CDC artigos acerca da prevenção ao superendividamento.

<sup>29</sup> – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

de concessão do crédito. Daí a expressão utilizada pela mídia “Lei do Cadastro Positivo”.

A respeito da nomenclatura utilizada pela Lei, Antônio Herman Benjamin<sup>30</sup>, seguido por Antônio Carlos Efing<sup>31</sup>, adotam distinção terminológica entre as expressões “banco de dados” e “cadastro”, sustentando, dentre outras notas distintivas, que este é mantido por um arquivista que se confunde com a pessoa do fornecedor e é por ele mesmo alimentado, a partir de dados fornecidos pelo próprio consumidor, enquanto aquele se forma por terceiros que coletam informações no mercado para uso de diversos fornecedores e sem autorização do consumidor.

Porquanto o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor não diferencia os institutos, tampouco a Lei n. 12.414/2011 utiliza os termos de modo a dissociar os conceitos na linha doutrinária de Benjamin, não vemos maior relevância em diferenciar as nomenclaturas neste estudo. Gize-se que a novel regulamentação da Lei n. 12.414, pelo Decreto n. 7.829, de 17-10-2012, inclusive, trata o conjunto de dados disciplinados pela lei ora como banco, quando se refere ao todo, ora como cadastro, quando se refere aos dados de um determinado consumidor. Essa é a única nota destoante dos termos entre si, restando claro que, em hipótese alguma, é dispensado o conhecimento ou autorização do consumidor para a formação quer do banco, como grupo de cadastros individuais, quer do cadastro. Assim é que, tal qual utiliza a jurisprudência amplamente a expressão “cadastros negativos” ou “cadastros restritivos de crédito”, para referir-se ao conjunto de dados de vários consumidores gerenciado por órgãos arquivistas, vemos como perfeitamente utilizável, sem confusão de conceitos, a *contrario sensu*, a expressão “cadastro positivo” para definir aquele conjunto de dados individuais

com informações de adimplemento, de que trata a Lei n. 12.414/2011.<sup>32</sup>

Inobstante o nome adotado para diferenciar os bancos de dados entre si, segundo sua natureza, induza a ideia da contraposição entre o mau e o bom, o negativo e o positivo, não descuidou a Lei n. 12.414 dos efeitos nem sempre dadiosos que o conhecimento e poder de manejar informações podem gerar. Evidentemente que a edição da Lei não tinha por fim meramente recompensar os consumidores preferidos do mercado; vinha, sim, atender igualmente o interesse dos fornecedores, desejosos de alcançar essa fatia segura e interessante de potenciais contratantes. A Lei, então, tratou de assegurar que o gerenciamento de informações positivas, ou de efetivo adimplemento de contratos de crédito anteriores, compondo histórico de dados de consumo de cada pretendente ao crédito, fosse cercado de uma série de cautelas, porquanto potencialmente pode interferir nas esferas privadas resguardadas constitucionalmente. Primordialmente, embasou a existência do cadastro positivo na premissa de consciência e anuênciam do próprio cadastrado. Por outro lado, limitou o tempo de existência do cadastro e ressaltou o dever dos gestores de manter a transparência acerca da utilização e compartilhamento dos dados disponíveis, atribuindo-lhes responsabilidades para a hipótese de inobservância da assertiva legal.

### 4.1 Objetivo da disciplina do banco de adimplentes

A Medida Provisória n. 518, de 30 de dezembro de 2010, precursora da Lei n. 12.414/2011,

30 – BENJAMIN, Antônio Herman. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 431.

31 – EFING, Antônio Carlos. *Banco de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27-36.

32 – Segundo Bessa, inadequada tecnicamente a expressão “cadastro positivo”. Prefere o autor o uso de “banco de dados com informações positivas” (*idem*, p. 28). Nos comentários ao art. 1º da Lei n. 12.414, inclusive, diz que a expressão “cadastro positivo” foi adotada pela mídia. Entretanto, forte no uso corrente da expressão “cadastros negativos”, cremos que será, por mais sintética e de prática compreensão, amplamente adotada também pela jurisprudência para denominar o “banco de dados com informações positivas”, festejado por Bessa.

foi adotada pelo Presidente da República para “Disciplinar a formação e consulta a bancos de dados com informações da adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”. Lê-se, de sua nota descriptiva, que: “O objetivo do disciplinamento é incentivar a formação de arquivos de dados de adimplemento, por pessoas naturais e jurídicas, das respectivas obrigações, bem como o acesso aos dados arquivados, com a adequada proteção legal, para reduzir o problema de assimetria de informações, propiciar a diminuição das taxas de juros e ampliar as relações comerciais”. Mais que isso, contém a referida nota as justificativas acolhidas na adoção da Medida Provisória, calcadas na Exposição de Motivos Interministerial n. 171/2010 – MF/MJ, dentre as quais vale destacar:

[...] 2 – Com o disciplinamento da coleta e disseminação de tais informações, o mercado poderá diferenciar os bons e os maus pagadores, com redução dos custos associados à concessão de crédito, e propiciar a expansão do crédito.

3 – A criação do histórico de crédito será benéfica para os pagadores de baixa renda. As informações fornecidas por fornecedores de serviços de prestação continuada, como fornecimento de água, eletricidade e telefonia, serão de grande importância para a formação de histórico de crédito das pessoas de menor poder aquisitivo.

4 – A MP estabelece garantias e direitos dos cidadãos em relação às informações pessoais, e assegura a autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações.<sup>33</sup>

Há, contudo, algum ceticismo na doutrina acerca da justificativa que embasa a edição da Lei n. 12.414/2011. Assim aparenta da leitura de Marques, quando, ao comentar a formação de histórico de crédito outorgada pela Lei, assinala: “Resta saber se isso será positivo para os consumidores e os juros realmente diminuirão, como o alegado”<sup>34</sup>. Tam-

bém Bessa preocupou-se com os declarados fins da Lei, não só quanto à efetiva redução do *spread bancário*<sup>35</sup>, mas também sob a visão de potencial ofensa à privacidade e dignidade da pessoa humana, argumentando que:

O destaque da Lei n. 12.414/2011 é o tratamento de informações para a formação de *histórico de crédito*, com a consequente promessa de redução de juros ao consumidor. Todavia, o que se nota, em perspectiva mais ampla, é a tendência a promover o aumento generalizado de dados – informações positivas – para facilitar a análise de risco na concessão do crédito. Inúmeras outras informações pessoais têm sido tratadas pelas entidades de proteção ao crédito: data de nascimento, nome da mãe, endereço, números telefônicos, propriedade de veículos, “consultas anteriores”, ações judiciais, falência, recuperação judicial de empresas. (grifos no original)<sup>36</sup>

Inegável assumir, entretanto, que a Lei n. 12.414/2011 trouxe conceitos e ferramentas relevantes à instrumentalização da aplicação do art. 43 do CDC, sobretudo para o fim de manejo com a nova realidade dos cadastros de consumidores não necessariamente alimentados com dados de inadimplência.

Por outro lado, a formação e gerenciamento de um banco de dados com histórico de crédito do consumidor adimplente, em que pese com anunciados fins diametralmente opostos aos cadastros de devedores, tem origem comum na autorização legislativa do art. 43, mas reivindica, a partir do disciplinado pela Lei n. 12.414, cuidados e requisitos especiais. Antes de se distanciarem, se complementam, de tal forma que são capazes de formatar juridicamente a nova forma híbrida de banco de dados de consumo, baseada em pontuação do histórico do consumidor, coligindo informações positivas e negativas.

33 – <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnotec/meidasprovisorias/2011>.

34 – MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do*

*Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 854/5.

35 – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

36 – *Ibidem*, p. 42.

### 4.2 Paralelo à disciplina dos cadastros negativos

A formação, manutenção e divulgação do conteúdo dos cadastros negativos são tradicionalmente disciplinadas pela invocação pura e simples do art. 43 e seus parágrafos. Com efeito, literal o direito ao acesso pelo consumidor dos dados que houver no cadastro, consoante se deflui do *caput* do artigo. Pacífico, outrossim, o dever de o fornecedor-credor alimentar corretamente o banco de dados e providenciar perante o arquivista a exclusão do registro em caso de quitação do débito inserido no sistema ou de conhecimento de que o contrato inscrito originou-se de fraude por terceiro, de posse de dados ou documentos do consumidor lesado. Têm, em contrapartida, os julgados sedimentando a ausência de responsabilidade do arquivista pela perquirição acerca da veracidade das informações enviadas pelo credor, inclusive negando-lhe legitimidade passiva para figurar na lide indemnizatória calcada em inexistência de débito capaz de dar ensejo à inscrição pejorativa de sua boa-fama comercial<sup>37</sup>. Cediça a responsabilidade do arquivista, e não do credor do débito inscrito, de enviar a notificação escrita de que trata o § 2º do art. 43 suprareferido, *vide* Enunciado n. 359 do STJ<sup>38</sup>.

Vale considerar igualmente remansosa a jurisprudência consubstanciada na edição da Súmula n. 323 do STJ e que afasta o diálogo<sup>39</sup> do CDC com o art. 206, § 3º, VIII, do Código Civil: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução”<sup>40</sup>.

37 – A exemplificar, julgados do TJRS: Apelação Cível n. 70050899111, Agravo de Instrumento n. 70052114253.

38 – Súmula n. 359 do STJ: Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição.

39 – Preconizado por Marques *in: Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antonio Hermann V. Benjamin, Bruno Miragem*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 862.

40 – Redação alterada pela Segunda Seção na sessão ordinária de 25 de novembro de 2009.

Há de se apontar, porém, que o embrião comum da regulação dos bancos de dados, negativos ou positivos, enraizado, inicialmente, no direito-dever de informação e no ideal de transparência nas relações de consumo, e apoiado na previsão literal do art. 43 e seus parágrafos, termina por ramificar-se em requisitos e consequências que a Lei n. 12.414 dedicou somente ou de forma diversa para os bancos de dados positivos, em algumas situações com maior severidade até que aquela impingida à disciplina dos cadastros de inadimplentes, supostamente mais lesivos pela carga negativa que carregam.

### 4.3 Informação e autorização de abertura do cadastro

Se o § 2º do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor já explicitava a imperiosa necessidade de conhecimento prévio ao consumidor da abertura da anotação cadastral em seu nome, o art. 4º da Lei n. 12.414/2011 condiciona a existência de cadastro sobre o consumidor não só à sua ciência acerca dos dados a seu respeito, mas, explicitamente, à sua autorização anterior e escrita, somente após ter recebido informação adequada a respeito, o que denomina “consentimento informado”<sup>41</sup>.

Infere-se, da redação da lei, que deve o consumidor estar bem ciente, no momento em que dispõe de seu direito à privacidade, das vantagens e desvantagens de fazê-lo. Sob a expectativa de que a administração das informações positivas a seu respeito renda-lhe redução de juros, prazos ou outra qualquer premiação de que sua regular conduta no mercado lhe faria merecedor, mesmo

41 – O consentimento informado aparece também na proposta de alteração do CDC, incluindo-se-lhe o art. 72-A, antes inexistente. Pelo PL n. 281/2012 atribuindo sanção penal à prática vedada, já aponta para a tendência à valorização do consentimento informado como elemento intimamente ligado à válida autorização do consumidor de arquivamento, veiculação e compartilhamento de dados a seu respeito. Resta assim redigida a proposta: “Art. 72-A. Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais. Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa”.

o habitual bom pagador deve temer se importunado futuramente por fornecedores que desejam com ele contratar, mas cujo produto ou serviço não lhe interesse. A recíproca também é verdadeira, ao passo que, conhecendo as preferências e comportamentos de consumo, bem pode o fornecedor que detém determinado produto ou serviço, que saiba de fundamental interesse ao cadastrado, assediá-lo com oferta, antes que ele tenha a possibilidade de pesquisar e buscar outras alternativas contratuais, quiçá mais vantajosas. O cruzamento de dados entre fornecedores diversos culmina em desenhar completa silhueta de preferências e costumes do consumidor, cuja publicidade, ainda que restrita aos usuários do banco de dados, nem sempre há de reverter em seu proveito.

Note-se que a informação de que trata o art. 4º não se confunde tampouco dispensa aquela que especificamente deve ser colocada à disposição do consumidor pelo fornecedor com quem, após consulta ao banco de dados, celebrará o negócio, a teor do previsto nos já mencionados arts. 6º, III, e 31 do CDC. Esta diz respeito à conscientização do consumidor sobre os termos do contrato e seu conteúdo. Aquela, ao conhecimento dos fins e consequências de, voluntariamente, disponibilizar seus dados e rotinas de aquisição de crédito para compor banco que pode ser acessado por terceiros.

No que concerne à forma como tal consentimento deve ser colhido, veio o Decreto esmiuçar o determinado pelo art. 4º da Lei n. 12.414. Assim é que seu art. 7º<sup>42</sup> autoriza sejam colhidos os dados para abertura do cadastro tanto pela fonte quanto pelo gestor do banco, sendo que o § 1º adverte que, caso seja obtida pela fonte, deve a autorização ser encaminhada, em sete dias, ao gestor

42 – Art. 7º As autorizações para abertura de cadastro e para compartilhamento da informação de adimplemento, de que tratam, respectivamente, os arts. 4º e 9º da Lei nº 12.414, de 2011, podem ser concedidas pelo cadastrado em forma física ou eletrônica, diretamente à fonte ou ao gestor de banco de dados, observados os termos e condições constantes do Anexo II.

indicado no ato de concessão. Pela previsão do § 3º, ainda, “A abertura de cadastro não poderá ser condicionada à concessão de autorização para compartilhamento da informação de adimplemento”. O anexo II do Decreto traz formulário modelo de autorização para abertura do cadastro. Vale a pena transcrever o item 1 do formulário, a fim de que se observe que redige ampla autorização para abertura de cadastro, tratamento de dados e inserções posteriores pelas fontes nos bancos gestores, mas não contempla linha sequer de que se possa inferir ter o consumidor que aderiu àqueles termos pré-impresos efetivamente sido informado sobre vantagens e potencial dano que possa advir da anuência que está a firmar:

1- Autorizo a abertura de cadastro para anotação dos dados relativos a todas as obrigações pecuniárias assumidas ou que venham a ser assumidas por mim perante quaisquer pessoas jurídicas ou naturais com as quais eu mantenha ou venha a manter relação comercial ou creditícia, abrangendo os dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas em seus respectivos vencimentos ou em atraso, e aquelas a vencer, para constarem do(s) Banco(s) de Dados indicado(s) abaixo, com a finalidade, única e exclusiva, de subsidiar a análise e eventual concessão de crédito, a venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro.

Segundo leitura do art. 7º, *caput*, o modelo constante do anexo não é de conteúdo cogente. Deve, sim, colher-se o consentimento naqueles termos e atentando para aquelas condições. Reputamos pouco provável que gestores e fontes preocupem-se na efetiva informação prévia ao consentimento do cadastrado e, em menor grau, façam constar no “consentimento informado” termos que permitam a ilação no sentido de que realmente houve a conscientização do consumidor sobre a salvaguarda de sua intimidade.

O item 4 do modelo de formulário ainda contém autorização especial para informações

provenientes de prestadores de serviços continuados, tal como água, esgoto, eletricidade, gás, telecomunicações (exceto telefonia pós-paga), planos de saúde, seguros, provedores de internet e TV por assinatura, escolas e administradoras de cartões de crédito, dada a peculiaridade deste tipo de contrato de consumo, mais corriqueiro e inserido no cotidiano do consumidor e, portanto, mais afeto à sua esfera íntima. De qualquer sorte, o item 7 do anexo II exige que o cadastrado ateste sua ciência de que pode revogar, a qualquer tempo, a autorização e exercer o direito de cancelamento do cadastro previsto no art. 5º da Lei n. 12.414.<sup>43</sup>

O § 2º<sup>44</sup> do art. 7º do Decreto, aparentemente contendo dever óbvio de segurança do sistema, encerra obrigação de extrema relevância quando se está a tratar sobre cadastramento e arquivamento de dados destinados a apoiar contratações futuras. Isso porque não raro se deparar o consumidor com a hipótese de uso de seus dados e documentos, extraviados ou copiados por algum meio, por terceiro falsário, para o fim de obter crédito. A informalidade das contratações de massa, por via telefônica, por internet ou mesmo pessoalmente, em rápido momento em quiosque precariamente instalado no meio de um *shopping center*, vem ao encontro do interesse do fornecedor em entabular o maior número possível de contratos. O risco de fraude e inadimplência foi computado no momento em que o concedente do crédito optou por não se assegurar da verdadeira identificação do tomador. O custo da conferência da veracidade dos dados, da observação atenta de documentos e firmas e, sobretudo, da extração de cópias para garantia futura a que o contrato chegue a bom termo, não lhe convém. Torna-se, pois, difícil ao consumidor vítima da fraude sustentar que não foi ele quem participou da-

quela relação contratual, já que verbalmente celebrada, sem a manutenção de qualquer elemento documental que lhe afiance legitimidade. Resta-lhe, pois, o caminho judicial, com a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, caminho este que não é trilhado por todos.

Portanto, ao impor a legislação dos cadastramentos positivos que o gestor, ou a fonte, que extrair a autorização do cadastrado, guarde registros que comprovem sua autenticidade, já está a destiná-lo o ônus probatório para o caso de fraude. Mais que isso, determina no art. 8º:

Art. 8º. “A verificação da validade e autenticidade das autorizações de que trata o art. 7º, caberá àquele que receptionou diretamente a autorização concedida pelo cadastrado, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei nº 12.414, de 2011.

Parágrafo único. O gestor do banco de dados será responsável por avaliar a adequabilidade do processo de validação e autenticação da autorização.”

### 4.4 Prazo de manutenção dos cadastros negativo e positivo

Ponto de incongruência há de desafiar o cuidado do aplicador da Lei n. 12.414/2011 em face do Código de Defesa do Consumidor. Numa interpretação sistemática, deveriam os prazos do art. 43 do CDC e 14 da Lei n. 12.414 estar em perfeita harmonia. Entretanto, as informações negativas acerca do consumidor, que revelam inadimplência e restringem o crédito, podem constar de bancos de dados por cinco anos. Já as informações de adimplementos, positivas, portanto, e indicativas de que aquele cadastrado, naquele momento, é ou era digno de confiança para fins de contratar financiamento, constarão relativamente aos últimos 15 anos.

Leonardo Bessa<sup>45</sup> atenta para a problemática criada, porque somente o consumidor exemplar poderá enquadrar-se com

43 – Art. 5º São direitos do cadastrado: I - obter o cancelamento do cadastro quando solicitado;

44 – § 2º O gestor do banco de dados ou a fonte, conforme o caso, deverá manter os registros adequados para comprovar a autenticidade e a validade da autorização.

45 – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 141.

precisão nas finalidades da lei. Segundo o doutrinador, é sempre possível que, no vasto lapso de 15 anos, tenha o consumidor deixado de adimplir ou atrasado algum pagamento. Tal postura acarretará o registro negativo, nos moldes do art. 43. Findo o quinquídio estabelecido como limite à manutenção da informação restritiva, o histórico positivo do consumidor ainda conta com 10 anos a mais. De evidente constatação a que, existente dívida, se não é positiva a informação, se não atesta adimplemento, é porque se revela negativa, é porque o consumidor não cumpriu com seu dever contratual. Desta feita, fatalmente, num histórico de 15 anos, alguma lacuna entre dados de adimplemento há de indicar dívida impaga, informação negativa, pois, mesmo depois de esgotado o lapso do § 1º do art. 43. O largo tempo de vida que a lei confere ao banco de dados positivos, dessarte, poderá importar em burla ao limite temporal fixado aos cadastros negativos.

Claudia Lima Marques, manifestando idêntica preocupação com a discrepância de prazos entre a Lei do Cadastro Positivo e o art. 43, § 2º, do CDC, traz a informação no sentido de que o Brasilcom, no Congresso de Juiz de Fora, manifestou-se contra o prazo diferenciado, já que “após os 5 anos, a ausência de cadastro positivo pode passar a representar uma presunção de negativação ou uma ‘negativação indireta’, o que retira o aspecto ‘voluntário’ da anotação”.<sup>46</sup>

## 5 Sistemas de pontuação de comportamento de consumo

Premissa básica do Direito Civil é a de que, se não resta proibido, há espaço para a vontade privada e autônoma criar novas relações contratuais. Nessa aparente lacuna entre a disciplina do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, até então dirigida a regular os cadastros negativos, ou de restrição ao crédi-

to aos inadimplentes, e a Lei n. 12.414/2011, editada expressamente para regular os bancos de dados positivos, ou de consumidores adimplentes e, portanto, confiáveis para concessão de crédito futuro, dimensionou-se um novo produto, elaborado para amparar o comerciante no momento de analisar a requisição de crédito do consumidor, minorando-lhe os riscos. Tendo recebido diferentes denominações, de acordo com a entidade arquivista que o gerencia, têm em comum o fato de compilarem informações, negativas e positivas, sobre os hábitos de consumo, obtenção de crédito e adimplemento dos consumidores, agregando-lhes pontuação indicativa da probabilidade de virem a tornar-se ou não maus pagadores. Doutrina e jurisprudência têm-se a esse sistema referido também com expressões diversas, a saber, “sistema de pontuação de crédito”, “sistema de histórico de crédito”, “sistema de análise comportamental de crédito”. As próprias empresas arquivistas e gestoras adotam neologismo que bem dimensiona de que se cuida o serviço que prestam aos fornecedores que as consultam: “sistema de escoragem” (*sic*), claramente vinculando a sucessão de contratos que o consumidor celebrou durante a vida e a forma como os honrou a um placar ou escore.

De fato, ao acessar-se a página do SERASA Experian, por exemplo, obtém-se a seguinte explanação sobre o produto que vendem aos comerciantes: “Concentre Scoring é um produto baseado em modelos estatísticos de pontuação de crédito. Fortemente apoiado em informações negativas, o produto comprehende diversos modelos estatísticos, cada um deles direcionado para um determinado perfil de histórico de crédito. Os modelos fornecem uma pontuação que representa a probabilidade de um proponente de crédito tornar-se inadimplente no mercado em um período de 12 meses”<sup>47</sup>. Outras empresas destacam as vantagens do serviço como hábil a minimizar

46 – MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 861-2.

47 – [http://www.serasaexperian.com.br/solucoes/concentre/concentre\\_concentrescoring.htm](http://www.serasaexperian.com.br/solucoes/concentre/concentre_concentrescoring.htm), consultado em 22-11-12, às 14h32min.

riscos, haja vista a publicidade que se tem no acesso à página do produto denominado Credscan, oferecido pela CDL Porto Alegre: “Reduza a inadimplência da sua empresa, sem perder volume de vendas! Analise o comportamento de crédito de seu consumidor, e assim aumente a concessão de crédito para clientes de baixo risco e a gestão de créditos duvidosos para aqueles de alto risco”.<sup>48</sup> *Idem* o serviço de exame Avalie Crédito: “O Avalie Crédito é uma plataforma de decisão ideal para pequenas e médias empresas que necessitam padronizar e automatizar a concessão de crédito com a mobilidade que o mercado necessita. De forma fácil, ágil e intuitiva, esta ferramenta apresenta uma análise completa para que nosso cliente tenha em mãos todas as informações necessárias para uma aprovação de crédito segura. Informações que serão apresentadas nessa consulta: O Avalie Crédito fornece a recomendação de crédito juntamente com o Score de Crédito de 6 meses, além dos dados cadastrais e informações restritivas”.<sup>49</sup>

A rigor, o sistema de pontuação de comportamento de consumo não se identifica com o tradicional cadastro negativo, também chamado rol de inadimplentes, em que pese o sítio na internet revele que a estatística por eles traçada resta “fortemente apoiada em informações negativas”. Por isso mesmo, tampouco se pode dizer que se está diante de hipótese regulada pela Lei n. 12.414, direcionada aos bancos de dados que não contenham informações de inadimplência. Para o fornecedor, comerciante que adere ao produto oferecido pelas entidades arquivistas, em tese, é um banco de dados neutro, por quanto pode tanto informar que o consumidor que solicita crédito sempre honrou com seus compromissos, e, dessarte, não oferece riscos com ele contratar, quanto evidenciar

que aquele consumidor já conta com várias inadimplências anteriores ou que, embora adimplente, já celebrou outros pactos com pagamento parcelado, a ponto de que, fatalmente, não terá capacidade financeira para cumprir mais um que se lhe propicie.

Para o consumidor, no entanto, seja ele o detentor da pontuação que recomenda a concessão de crédito, seja aquele cujo histórico indique alto risco de inadimplência, representa desvio dos princípios de transparência e do dever de informação que impendem permear as relações de consumo. Diz-se isso a começar pelo fato de que se cuida de estatística cujos critérios de formação e pontuação final só são conhecidos pelo arquivista e, no máximo, pelos fornecedores consulentes que contratam o serviço de escore. O consumidor somente terá conhecimento de sua fama creditícia quando for solicitar pagamento parcelado e financiamento dos produtos que adquiriu ou dos serviços que contratou. Não raro, será surpreendido e embaraçado por uma negativa do fornecedor em celebrar o contrato, sem saber o porquê de tal rejeição. Tampouco poderá questionar a conduta do fornecedor, já que desconhece os dados que o alijaram da celebração do contrato, não havendo a oportunidade de indicar eventual erro de informações, como débito renegociado, recentemente quitado, questionado em juízo, prescrito ou, quiçá, inexistente, produto de fraude de terceiros, hipótese muito comum, diga-se.

Daí já se vê que o sistema que atribuiu um escore às condutas do consumidor no mercado está em diametral dissonância com o disposto no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor e também não se harmoniza com a Lei n. 12.414. Não sendo nem de todo banco de dados negativo e também não se podendo dizer concentrador de informações positivas, com a pretensão de ser neutro, descrevendo-se como mera e inofensiva ferramenta de consulta à disposição do mercado (entendendo-se, aqui, de fornecedores, porque, para o consumidor, como já se salientou, é sigiloso),

48 – [http://www.cdlpoa.com.br/PORTAL/produtos\\_e\\_servicos/credscan.aspx](http://www.cdlpoa.com.br/PORTAL/produtos_e_servicos/credscan.aspx), consultado em 29-11-12, às 11h51min.

49 – [http://www.boavistaservicos.com.br/servicos/avalie-credito/?fonte-origem=sl\\_avalie\\_credito&gclid=CK\\_v5YKq9LMCFQ4EnQodnAoAVQ](http://www.boavistaservicos.com.br/servicos/avalie-credito/?fonte-origem=sl_avalie_credito&gclid=CK_v5YKq9LMCFQ4EnQodnAoAVQ), consultado em 29-11-12, às 12h.

antes de estabelecer-se confortavelmente na aparente lacuna da lei, merece, sim, regulação por ambas as disciplinas legais, a saber, o regramento dirigido aos cadastros negativos em interpretação sistemática com a recente legislação dos bancos de dados positivos.

Uma vez que é norte orientador das relações de cunho consumerista, a observância da transparência, o dever de lealdade de conduta e de informação, como obrigação assessoria, ou anexa, geral do fornecedor, facilmente se identifica, nesse novo banco de dados e estatísticas, a subsunção à hipótese legal e, mais que isso, a necessidade de intervenção a fim de impingir se adequem aos ditames das regras que regulam as relações de consumo.

Desta feita é que o texto do art. 2º do Decreto n. 7.829/2012 parece amoldar-se com perfeição à descrição do sistema de escore de crédito, exceto pelo fato de que este também contém dados de inadimplência, ao dispor que “O histórico de crédito do cadastrado é composto pelo conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento, adimplidas ou em andamento, necessárias para avaliar o risco financeiro do cadastrado”. Já o art. 3º<sup>50</sup> arrola os dados que hão de se conter no histórico do consumidor, tudo semelhante àqueles que compõem a pontuação do sistema, notadamente acerca das obrigações já assumidas pelo consumidor, prestações já honradas e por honrar, por completo ou parcialmente, alcançando ao concedente do crédito a noção das efetivas possibilidades de o candidato ao crédito vir a adimplir esse novo contrato que se está a entabular. O consunte, pelo que reza o art. 9º, é o fornecedor que acessa o banco e que passa a ser chamado de fonte quando pretende conceder o crédito e avaliar seu risco finan-

ceiro mediante tal consulta, *vide* art. 2º da Lei n. 12.414<sup>51</sup>. É o consunte quem solicita as informações ao gestor do banco de dados, o que revela a existência de um serviço especificamente desenvolvido para instrumentalizar o comerciante profissional, mas diverso da pessoa que figurará no contrato de crédito juntamente com o consumidor. Ao que tudo indica, cuida-se exatamente da mesma espécie de serviço, ou, por eles chamado, “produto”, ofertado pelos administradores das informações que, combinadas, pontuam o consumidor como mais hábil a adimplir ou não o pacto que intenta celebrar.

O ajustamento das características dos serviços de pontuação de probabilidade de inadimplência aos conceitos da Lei do Cadastro Positivo e do Decreto n. 7.829, de 17 de outubro de 2012, editado para regulamentar esta última, corroboram, por conseguinte, que mister respeitem os direitos que o legislador alcançou ao cadastrado e observem estritamente os deveres que impôs aos gestores. Nada mais adequado, pois, que a Lei n. 12.414 venha também disciplinar os bancos de dados que contenham as duas espécies de informações, positivas e negativas: os sistemas mistos surgidos furtivamente com a expectativa de prosperarem no vazio legislativo.

## 5.1 Deveres do gestor do banco de dados

O Capítulo IV do Decreto n. 7.829/2012 dispõe sobre os deveres e responsabilidades do gestor do banco de dados positivo. No art. 10 resta inserto o dever de preservar o sigilo das informações, utilizando-as somente para os fins preconizados pela Lei n. 12.414, *vide* inc. III. Também há de dotar o sistema com mecanismos que protejam

50 – Art. 3º Para os fins deste Decreto, o conjunto de dados financeiros e de pagamentos é composto por: I - data da concessão do crédito ou da assunção da obrigação de pagamento; II - valor do crédito concedido ou da obrigação de pagamento assumida; III - valores devidos das prestações ou obrigações, indicadas as datas de vencimento e de pagamento; e IV - valores pagos, mesmo que parciais, das prestações ou obrigações, indicadas as datas de pagamento.

51 – Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - banco de dados: 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; (...) VI – fonte: pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro; V - consunte: pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados para qualquer finalidade permitida por esta Lei;

o acesso às informações por terceiros não autorizados, bem como com rastreabilidade que permita seja auditado e verificada a origem das informações disponíveis no banco de dados, inteligência dos incs. IV e V. Como consectários máximos do princípio da transparência, exsurge a redação dos incs. VI e VII do art. 10 suprareferido, pelos quais é dever do gestor do banco de dados “disponibilizar em seus sítios eletrônicos para consulta do cadastrado, com acesso formalizado, de maneira segura e gratuita: a) as informações sobre o cadastrado constantes do banco de dados no momento da solicitação; b) a indicação das fontes que encaminharam informações sobre o cadastrado, com endereço e telefone para contato; c) a indicação dos gestores dos bancos de dados com os quais as informações sobre o cadastrado foram compartilhadas; e d) a indicação clara dos consultentes que tiveram acesso ao histórico de crédito do cadastrado nos seis meses anteriores ao momento da solicitação;”, inclusive gratuitamente por meio telefônico, bem como “informar claramente, inclusive em seu sítio eletrônico, os direitos do cadastrado definidos em lei e em normas infralegais pertinentes à sua relação com as fontes e os gestores de bancos de dados, e disponibilizar lista de órgãos governamentais aos quais poderá recorrer em caso de violação”.

Na mesma esteira, pois, dessume-se que, aos gestores dos sistemas de perfil de comportamento de crédito, alimentados com dados positivos e negativos, imperam os mesmos deveres. Tal qual já argumentou Claudia Lima Marques: “o dever de informar é um dever de conduta ou de comportamento positivo, onde o silêncio é a violação do dever ou enganosidade.”<sup>52</sup> Não há absolutamente nenhum lugar para os bancos de dados de tratamento de informações, positivas ou negativas, inacessíveis ao próprio consumidor

cadastrado, que, ademais, tem, forte no art. 4º da Lei n. 12.414, garantido o direito de somente ser incluído para fins de formação de histórico de crédito capaz de influenciar seus contratos futuros se assim expressa e conscientemente o autorizar.

Evidente que a análise das condições econômico-financeiras do tomador do crédito não pode ser vedada ao fornecedor que o concede. Pelo contrário, como aqui já defendemos, recomendável estejam informações acerca dos vários pactos de que já participa o consumidor integradas, a fim de ensejar a concessão consciente do crédito e minorar as chances de superendividamento e da morte social que ele representa ao consumidor e sua família. Mandatório, porém, tenha o consumidor conhecimento dos componentes considerados para atribuir-lhe determinado perfil, expresso numericamente, de uma escala de zero a cem, bem assim saiba qual sua pontuação e que chance de inadimplência lhe imputam. E tal acesso, que hoje está sendo obtido por centenas de tutelas antecipadas em demandas ajuizadas com o fim de excluir os cadastros que funcionam com estatísticas secretas de possibilidade de inadimplência, deve ser, nos termos da lei protetiva, imediato e gratuito. Releva acrescer, aqui, que, em que pese seja o *habeas data* o remédio mais adequado ao conhecimento e retificação de dados, porquanto cumulada a pretensão freqüentemente com pedido desconstitutivo e indemnizatório, têm sido deduzidos os pleitos por meio de ações ordinárias.

Patente que os princípios que regem o Direito do Consumidor pátrio e as regras objetivas vigentes não dão espaço ao surgimento e manutenção de cadastros e conjuntos de históricos de crédito sem acesso de informações ao cadastrado, ainda incipiente a reflexão sobre os efeitos que se operarão à inobservância da lei.

Com efeito, não se discute o direito de o consumidor excluir ou retificar o apontamento

52 – MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 249.

negativo em seu nome quando não subsistente, por quitação da dívida, por inverídico, decorrente de contrato fraudulento ou quando ultrapassado o quinquídio previsto no § 1º do art. 43. Da mesma sorte, pacífico que o prejuízo resultante àquele que foi taxado como mau pagador quando não o era é dano moral puro, *in re ipsa*, merecendo reparação o por si só fato do cadastramento indevido.

Divergente, contudo, até certo ponto, o entendimento sobre os casos em que, sendo atual e verídico o registro de inadimplência, furtou-se o órgão arquivista do envio da notificação de que trata o § 2º. Não obstante se reconheça a ilicitude da conduta do arquivista que se omite no dever de informação sobre a abertura do cadastro, do proceder irregular não necessariamente há de resultar dano indenizável ao consumidor cadastrado. Tem ponderado a jurisprudência, então, que não há honra a preservar ao efetivamente inadimplente, cabendo-lhe, se não foi cientificado do registro, no máximo, o cancelamento daquela anotação. Em caso de persistência de outros dados de inadimplência, não questionados em outras lides e verdadeiros, a manutenção do nome no rol de maus pagadores persistiria mesmo se excluída a anotação de que não houve ciência e, desta forma, não configurado prejuízo ao consumidor. Prova disso é o entendimento consolidado pelo STJ na Súmula n. 385: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

Em hipótese contrária, sendo o único apontamento cancelado por falta de observância à formalidade do art. 43, § 2º, do CDC, o dano verificado é puro, independendo de prova das consequências nefastas da restrição na vida do consumidor, contentando-se o Direito com o mero fato de ter sido incluído como inadimplente.

Infere-se, do cotejo das duas posturas jurisprudenciais citadas, que o que se preten-

de tutelar, nessas demandas de cunho indenizatório, não é objetivamente o direito de ser informado sobre a existência do registro negativo em si, muito embora legítimo tal direito. O bem maior protegido, em última análise, é a boa-fama comercial do consumidor, primordialmente pessoa física, e a liberdade de celebrar contratos sem restar atrelado aos impedimentos que a anotação negativa lhe inflige. Se afastado o registro único, por inverídico, houve prejuízo ao conceito do consumidor perante a coletividade de fornecedores e, portanto, faz ele jus à reparação pelo dano extrapatrimonial. Se afastado registro a que se procedeu irregularmente e remanescentes outros, estes verídicos, não desfeita a má reputação do consumidor e, então, não há atingimento de honra objetiva a desafiar reparação. A jurisprudência dominante, pois, dispensa a prova de dano, considerando-o *in re ipsa*, inerente ao ato do fornecedor faltoso, mas não dispensa o dano; ao contrário, procura por ele, avaliando se foi ou não maculada a fama comercial do consumidor.

Mesmo que, como visto, não sejam substancialmente diferentes os cadastros restritivos, alimentados com informações negativas esparsas, e os sistemas de pontuação de histórico de crédito, gerado por informações mistas, orientação diversa parece estar-se delineando relativamente às pretensões reparatórias dos consumidores cadastrados sem seu conhecimento nos bancos de escore. Nessas hipóteses, têm-se os julgados abstraído do mote de veracidade ou não das informações que compõem a pontuação de crédito do consumidor e fixado a reparação atentando para o fato de que a abertura do registro, por si só, de forma velada, sem conhecimento e autorização do consumidor, e o compartilhamento dos respectivos históricos de consumo, à revelia da anuência do cadastrado, configuram violação à privacidade e desrespeito aos deveres de informação e transparência respaldados pelo CDC. O exame da ilicitude dá-se sobre o conjunto de

registros que culminam no escore desfavorável ao consumidor, sem destacar-se individualmente uma ou outra inscrição negativa para o fim de apurar se houve dano ao cadastrado. Aqui, em direção oposta à orientada pela Súmula n. 385 do STJ, já não haveria relevância sobre a permanência de outros apontamentos, desabonatórios e verídicos, para o fim de reconhecer-se prejuízo à esfera extrapatrimonial do consumidor merecedor de reparação civil. O conteúdo dos registros isolados não seria expressivo, porquanto o conjunto que compõe o histórico e que calcula a pontuação indicativa de possibilidade de inadimplência do consumidor, por si só, encerraria ilícito suficiente para ensejar o dever de reparação ao lesado.

O motivo do tratamento dispensado de forma diversa à ausência de notificação de abertura do cadastro negativo e à ausência de autorização da inclusão do consumidor nos sistemas de escore de crédito não é outro senão o fato de que, se, no primeiro, atenta-se contra a honra e boa-fama do consumidor perante o mercado de consumo, no segundo, despreza-se a vontade do cadastrado de, consciente e informado, fazer parte daquele conjunto de dados formados a partir de aspectos de sua vida íntima que lhe delineiam perfil de consumo, em afronta a bem jurídico de magnitude ainda maior, qual seja, a personalidade, notadamente a vida privada, tutelada no art. 21 do Código Civil.

No que tange ao bem protegido na má prestação dos serviços em cadastros positivos ou nos sistemas de pontuação de consumidores, Danilo Cesar Doneda<sup>53</sup> melhor resume a dimensão pela qual a proteção à privacidade, como direito da personalidade, há de ser cotejada, com perfeita adequação para as hipóteses de cadastramento não autorizado, quer nos bancos de dados positivos

53 – DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 119/20 e 129.

e, com maior razão, nos sistemas híbridos de pontuação e monitoramento de hábitos de consumidores. Válido colacionar excerto pelo qual o doutrinador sedimenta a problemática:

Havendo dano, seja a uma coletividade ou a um indivíduo, o certo é que a proteção mais adequada para a privacidade não reside mais na garantia de isolamento e segredo, mas sim em uma perspectiva de amplo controle da circulação de informações pessoais. Pode-se considerar, emblematicamente, uma transformação na definição do direito à privacidade, do “direito de ser deixado em paz”, para o “direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito”. É a garantia efetiva deste controle que passa a balizar a reflexão jurídica em torno do direito à privacidade [...] Assim, a necessidade de proteção de dados pessoais faz com que a tutela da privacidade ganhe um novo eixo. Considerando-se a esfera privada como um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre o qual o interessado deseja manter um controle exclusivo, esta tutela há de basear-se em um novo “direito à autodeterminação informativa” [...]

Não dispensando, em nenhum momento, o dano como elemento essencial à configuração da responsabilidade civil, ainda que seja considerado *in re ipsa*, Yussef Said Cahali<sup>54</sup>, ao lecionar sobre os arquivos negativos de consumo, colaciona argumento sempre atual que se aproveita no trato das questões envolvendo os sistemas de análise a partir de pontuação de comportamento de consumidores. Assim destaca o jurista, dando ênfase ao dever reparatório pelo mau gerenciamento do serviço informativo a que o arquivista se propõe:

Ocorrendo erro ou dolo de quem municia, ou de quem manipula o arquivo de informações, o claudicante desempenho dessas atividades pode ser causa de danos patrimoniais ou morais para o cliente injustamente listado como mau pagador, abrindo ensejo, assim, para a ação indenizatória.

Como visto, a mera prática abusiva consistente em não informar acerca do lançamento do nome do consumidor no rol de

54 – CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 425.

inadimplentes importa em semelhante violação ao CDC, ao dever de informação e à lealdade à transparência, à que concerne na prática de abrir e manter conjuntos de dados que, examinando as relações que manteve, ao longo da vida, com vários fornecedores, atribuem pontuação ao consumidor, tachando-o como um produto de maior ou menor confiabilidade. Ambos são exercícios claudicantes, na expressão adotada por Cahali, das atividades do fornecedor que envia os dados e do arquivista ou gestor.

Os consectários das duas práticas, contudo, propagam-se de forma diversa, sobretudo pelo entendimento jurisprudencial que se vem manifestando na apreciação dos casos concretos envolvendo os sistemas de escore de crédito. Antonímia análoga também se evidencia quando do exame da distribuição das medidas das responsabilidades passíveis de gerar dever de reparação civil entre os sujeitos participantes das operações de formação, compilação, divulgação e administração de dados dos consumidores cadastrados.

## 5.2 Atribuição da medida da responsabilidade e solidariedade

Conquanto recente a regulamentação, pelo Decreto n. 7.829/2012, da lei que visa à disciplina dos bancos de dados com informação de adimplemento, bem como atual a disseminação dos serviços ofertados aos fornecedores por empresas que administraram bancos de dados alimentados com informações mistas, de adimplemento e inadimplemento, a partir das normas protetivas e dos princípios aplicáveis às relações de consumo, já têm os consumidores lesados contado com o Judiciário para a reparação dos danos ocasionados do mau uso das informações.

Para tanto, imperativo instar-se a discussão sobre o sujeito passivo da pretensão reparatória, diferentemente considerado para as demandas interpostas contra a inscrição indevida do consumidor como inadimplente e para as lides destinadas à

exclusão e reparação com base no cadastramento irregular nos sistemas de pontuação de histórico de crédito.

Com efeito, nos cadastros de dados negativos, responde o fornecedor-credor, aquele que enviou a informação de inadimplência, pela inexatidão do registro. Legitimado passivo, outrossim, o arquivista apenas pela ausência do envio da notificação prevista pelo § 2º do art. 43 do CDC.

A distribuição das responsabilidades segundo a atividade que a cada um cabe na formação e manutenção dos cadastros restritivos, desbordando da solidariedade entre fornecedores de que trata o Código de Defesa do Consumidor, foi objeto de interessante visão no entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo:

[...] no tema dos cadastros de restrição ao crédito, tanto tem legitimação passiva os bancos comerciais quanto os bancos de dados. Cada um responde por suas atividades e, sendo pessoas jurídicas diversas, sem solidariedade (ressalvando-se, como é lógico, os casos em que há ação causante de ambas as entidades). A responsabilidade dos bancos comerciais surge, em prol do cliente, quando consumidor, como responsabilidade objetiva (art. 14 CDC), e quando não-consumidor, por quebra do dever de cuidado, criado pela boa-fé como dever anexo às relações contratuais, presumindo-se a culpa. A responsabilidade dos bancos de dados surge quando há também quebra do dever de cuidado, mas é responsabilidade profissional, aumentada pelo excesso de poder, presumindo-se a culpa.<sup>55</sup>

No concernente à responsabilidade pelos danos causados ao consumidor nos bancos de dados positivos, de outra sorte, conta-se com a expressa previsão legal do art. 16 da Lei n. 12.414/2011, segundo o qual “O banco de dados, a fonte e o consulfente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado”, e do § 1º do art. 9º, assim redigido:

55 – AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de restrição ao crédito. Dano moral. In: NERY JÚNIOR, Nelson (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*, v. 8. Direito à Informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 334-342.

Art. 9º O compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

§ 1º O gestor que receber informações por meio de compartilhamento equipara-se, para todos os efeitos desta Lei, ao gestor que anotou originalmente a informação, inclusive quanto à responsabilidade solidária por eventuais prejuízos causados e ao dever de receber e processar impugnação e realizar retificações.

De notar-se que, ao contrário do que se verifica na distribuição das responsabilidades do fornecedor-credor e do arquivista nos cadastramentos negativos, há uma despersonalização dos entes profissionais que atuam em todo o processo de criação, armazenamento e divulgação das informações. Isso porque, em termos de cadastros de consumidores adimplentes, há uma pluralidade de fornecedores envolvidos, dificultando sobremaneira identificar em qual etapa do processo houve o erro, ou o abuso, gize-se, que engendrou o dano ao cadastrado.

A fonte é o fornecedor que envia o registro ao banco de dados, equivalente à figura do credor e autor do registro negativo por conta da inadimplência do consumidor-devedor. O gestor, na acepção da Lei n. 12.414/2011, é aquele que colhe, agrupa e permite acesso aos dados armazenados, equiparando-se, pois, ao arquivista do cadastro negativo. A formação do histórico positivo do consumidor exige o envolvimento de várias fontes, e a permissão de compartilhamento igualmente multiplica os gestores com poder sobre o conjunto de dados compilados. Em assim sendo, ainda que conte o consumidor com a ferramenta processual inserta no art. 6º, VIII, do CDC, mesmo ao julgador da lide restaria impossível visualizar quem, entre os vários fornecedores que manipularam e acessaram as informações do consumidor, deu origem à ação danosa. A solidariedade legal e o caráter objetivo da responsabilidade impedem a tradicional atribuição mútua e excludente que dois ou mais fornecedores envolvidos na relação de direito

material posta na lide costumam arguir para eximir-se do dever de reparar o prejuízo experimentado. Bessa<sup>56</sup> bem observou que “[...] a expressa previsão de solidariedade passiva tem como efeito imediato uma postura mais cautelosa de todos os envolvidos, particularmente quando há questionamento [...] à veracidade dos dados arquivados”. Bruno Miragem, ao discorrer sobre a solidariedade contemplada no art. 14 do CDC, argumenta, citando Pontes de Miranda, que:

A consideração de que múltiplas condutas contribuem não apenas para a realização do ato ilícito, mas, sobretudo, para ampliar a extensão de seus efeitos danosos à vítima [...], ensejam o adequado exame acerca da responsabilidade solidária entre os causadores do ilícito. [...] Nessas situações, em que não é possível precisar a conduta determinante do ilícito, desenvolveu-se em nosso sistema a denominada *causalidade alternativa*, com a finalidade exata de resolver o problema da dificuldade de demonstração de quem tenha sido a agente causador do dano, quando este tenha sido causado por pessoa incerta pertencente a um determinado grupo. No dizer de Pontes de Miranda, “trata-se de causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi, pelo ato de A ou B, sem se poder determinar com certeza qual dos dois o causou”.<sup>57</sup> (grifos no original)

Sanseverino preconizou no mesmo sentido, ao lecionar:

O acolhimento da teoria da causalidade alternativa encontra-se dentro dessa preocupação, pois permite a superação das dificuldades probatórias, frequentemente presentes em ações judiciais referentes a acidentes de consumo, para fixação dos responsáveis situados dentro de um grupo definido de fornecedores.<sup>58</sup>

Além disso, no cadastro de natureza positiva, o consultente, fornecedor que consulta os dados a respeito do pretendente ao

56 – BESSA, Leonardo Roscoe. *Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 131.

57 – MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet. In: NERY JÚNIOR, Nelson (org.); NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*, v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 885-6.

58 – SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

crédito, é hábil a gerar dano ao acessar as informações privadas não autorizadas pelo cadastrado. Sobretudo, está mais propenso ao abuso que a detenção de tais informações privilegiadas sobre os hábitos de consumo pode proporcionar, mormente no que concerne à oferta em assédio. O consultente de cadastro de restrição ao crédito, de outra sorte, é terceiro nessa relação jurídica, não participando quer no envio do dado de inadimplência, quer no dever de comunicar o cadastrado da existência da restrição anotada. A ele, pois, não se atribui qualquer responsabilidade pela inexatidão ou ausência de conhecimento pelo consumidor do registro negativo.

Quando transpostas essas hipóteses para o sistema de escore, com subsunção à Lei n. 12.414, como temos sustentado, tem-se por imediata e plenamente aplicável a norma que preconiza pela responsabilidade solidária entre fontes que alimentam o banco de dados e gestor que compila e compartilha informações.

Mesma solução, porém, não pode abarcar o consultente. Em tese, será ele o legitimado passivo quando a consulta à pontuação do consumidor importar em negativa de crédito e daí resultar-lhe prejuízo. Mas sua efetiva responsabilização há de cercar-se de outras circunstâncias a serem verificadas no caso concreto, notadamente se houve conduta abusiva de sua parte ao transmitir ao consumidor a resposta negativa à pretensão ao crédito. A disciplina destinada ao consultente dos sistemas de escore de crédito deve assemelhar-se àquela que se tem aplicado ao comerciante que acessa os cadastros negativos e não à que seria adotada pela regra da solidariedade imposta pela Lei do Cadastro Positivo. Haverá quem imediatamente acene para o parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, forçoso lembrar que não está o comerciante jungido a conceder crédito mesmo ao consumidor que apresente o mais recomendável perfil e demonstre impecável histórico creditício. É o

fornecedor livre para contratar ou não e não resta obrigado a exhibir justificativas para a negação do crédito. De forma alguma poderá o Judiciário obrigar o fornecedor a vincular-se contratualmente ao mais bem-concebido consumidor do mercado, razão pela qual, caso não o faça voluntariamente, não comete qualquer ilícito e, portanto, esvazia o pressuposto da reparação civil.

**“Ao longo do microssistema do CDC e nos princípios que o norteiam, a necessária ciência do consumidor acerca de sua inclusão em bancos de dados destinados à consulta por fornecedores resta inarredavelmente sedimentada.”**

De outra sorte, caso efetivamente a motivação da negativa de crédito seja o histórico consultado, revelador de pontuação desfavorável ao candidato ao crédito, mas tenha essa estatística sido apurada com base em informações viciadas ou desatualizadas, legitimado ao polo passivo da lide não será o comerciante consultente. Demandado em juízo deverá, sim, ser o gestor que se propôs a compilar e organizar os dados do histórico de crédito do consumidor e a quem cabe, por conseguinte, fazê-lo com adequação e fidelidade. Isso porque o gestor que não zela pela veracidade e fidelidade dos dados que considera em sua estatística, peca perante o comerciante, alcançando-lhe informação inexata e, quiçá, prejudicando seu discernimento na hora da análise do crédito, e, igualmente, perante o consumidor, alijado da oportunidade de obter as vantagens advindas do contrato de consumo.

### Conclusão

A informação é valor ínsito às relações humanas conscientes e verdadeiras. Não se pode ter por plenamente fiel e válida a manifestação de vontade expressa em uma relação jurídica quando emanou do conhecimento parcial ou deturpado das circunstâncias. Desta forma, porquanto não pode ser dissociada do vínculo que envolve os dois polos na relação de consumo, é de ser reconhecida a informação como erguida à condição de direito fundamental, não só nos termos do previsto no inc. XIV do art. 5º da Constituição Federal, mas, na mesma medida de relevância, juntamente à proteção do consumidor assegurada no inc. XXXII.

A importância da informação nas relações de consumo revela-se muito além do dever de fazer conhecer as corretas especificações de quantidade e qualidade, dos riscos do produto ou serviço contratado e da extensão dos efeitos e consequências das obrigações do pacto consumerista. Extrapolada de sua função balizadora da manutenção da boa-fé e lealdade na formação e execução dos contratos, para delinear-se faceta do direito de o consumidor conhecer, compreender, corrigir e, por vezes, anuir ao arquivamento, uso, divulgação e compartilhamento de dados a seu respeito, seja quanto às suas eventuais inadimplências ou quanto aos seus hábitos saudáveis de bom pagador.

Ao longo do microssistema do CDC e nos princípios que o norteiam, a necessária ciência do consumidor acerca de sua inclusão em bancos de dados destinados à consulta por fornecedores resta inarredavelmente sedimentada. Na esteira do previsto pelo art. 43 do CDC, a edição da Lei n. 12.414/2011 e sua recente regulamentação pelo Decreto n. 7.829/2012 são prova de que ao consumidor reserva-se o direito de saber o que há arquivado a seu respeito e conscientemente autorizar sejam acessados tais dados, ainda que, em tese, a finalidade da consulta seja beneficiar ao próprio consumidor com facilidades de concessão de crédito.

O surgimento dos sistemas de pontuação de consumidores, atribuindo-lhes escores de acordo com as relações já travadas no mercado de consumo e, a partir daí, calculando a possibilidade futura de inadimplência, sob a máscara de ferramenta hábil a preservar o comerciante do mau pagador, termina por quebrar as regras protetivas da personalidade do consumidor, expondo-o como produto aos fornecedores aderentes ao sistema. Uma vez que se apresenta como forma híbrida de compilação de informações negativas e positivas sobre o consumidor, deve sofrer regulação tanto pelo art. 43 do CDC quanto pelo disposto na Lei n. 12.414, coordenando-se as normas, no que se puderem harmonizar, em esforço de preservação do direito à ampla informação do cadastrado. Ainda que seja recomendável ao fornecedor obter o acesso à integração de dados acerca das obrigações já assumidas pelo consumidor, visando à concessão racional do crédito e prevenindo a quebra do contrato e eventual superendividamento, não há brecha, no atual ordenamento jurídico, para bancos de dados de caráter reservado e sigiloso, aos quais não se possa indicar a existência de erros e inconsistências que potencialmente venham em prejuízo da honra subjetiva do consumidor. Mais que isso, é assegurado ao consumidor o conhecimento acerca dos elementos que compõem seu perfil de candidato ao crédito, a fim de que possa identificar eventual abuso na negativa pelo fornecedor, sobretudo se calcada em informação de inadimplência decorrente de fraude ou registrada aquém do prazo fatal do art. 43, § 1º, do CDC.

Justamente porque a disciplina a ser observada nos sistemas de escore já resta editada, não havendo o que se falar em lacuna legislativa a autorizar a manutenção em funcionamento de tais bancos híbridos, há de se lhe aplicar o entendimento cediço da jurisprudência a respeito da ausência de notificação para inclusão no cadastro negativo, no sentido de que a falha da cientificação do cadastrado culmina no cancelamento do registro. Seguindo-

-se a mesma linha jurisprudencial, todavia, é de entender-se que o só fato de restarem formados os bancos de escore de créditos sem a necessária autorização dos cadastrados não pode ensejar pretensão de compensação pecuniária por dano *in re ipsa*. A reparação civil também tem caráter educativo ao infrator, mas não dispensa, em momento algum, a verificação do dano. A fidelidade dos dados compilados para a formação de histórico de crédito e cálculo da probabilidade de inadimplência, tal qual se procede nos casos de registros negativos, deve ser avaliada para o fim de conceder ao sigilosamente cadastrado reparação de caráter indenizatório.

Com efeito, todo e qualquer cidadão maior e capaz, com renda que lhe permita o acesso, por mínimo que seja, ao crédito, necessariamente conta com um histórico. Muito provavelmente hábitos de consumo e adimplemento foram registrados pelos fornecedores com quem contrataram. Lógico, pois, imaginar-se que, pelo menos potencialmente, todos os consumidores fazem parte de um banco estatístico e, porquanto nunca foram questionados se autorizavam seu cadastro, todos estariam sujeitos à irregularidade perpetrada pelos órgãos gerenciadores dos sistemas de pontuação. A prevalecer o entendimento segundo o qual a ausência de ciência prévia ao consumidor de sua inclusão nos bancos de estatística ou escore de possível inadimplência gera, por si só, dever de indenizar, com aplicação somente do disposto na Lei n. 12.414, imediatamente centenas de milhares de demandas ingressarão nos fóruns do País. Entre aqueles que efetivamente foram prejudicados pelo sistema de critérios inacessíveis, perdendo a oportunidade de relevante negócio em virtude de alguma anotação inadequada ou desatualizada, haverá uma plêiade a quem sequer interessou saber qual pontuação foi atribuída ao seu perfil, seja porque o histórico favorável sempre lhe franqueou crédito, seja porque o hábito de inadimplência já lhe maculou a boa-fama nos cadastros negativos.

Veja-se que a reparação pecuniária ao consumidor, nos casos de cadastramento indevido nos róis de inadimplentes, tem por fundamento o fato de ter sido tachado como mau pagador quando não o era, restando abalada sua fama comercial. Já na hipótese de inclusão no sistema de pontuação de crédito, indubitablemente desrespeitada a privacidade do consumidor, porquanto imprescindível sua autorização; todavia, se verdadeiros os elementos que compuseram seu perfil desaconselhando a contratação ao fornecedor, não só não se cogita de abalo à fama no mercado, como tampouco se pode argumentar preconizando pela falta de legitimidade da negativa ao crédito.

A partir do diálogo entre o regramento dos cadastros negativos e aquele que regula os cadastros positivos, inexorável o direito ao imediato cancelamento do cadastro e da pontuação obtida oriunda do histórico de consumo, uma vez ausente a ciência e autorização do cadastrado de que trata o art. 4º da Lei n. 12.414/2011. Entretanto, inobstante a relevância do bem jurídico atingido pela conduta do gestor faltoso, qual seja, o direito de personalidade do cadastrado, o interesse à reparação civil por inclusão não autorizada nos sistemas de pontuação de consumidores há de ser examinado com cautela, focando-se no caso concreto e nos efetivos prejuízos causados pela consulta ao escore desfavorável atribuído a um determinado consumidor.

Nesse sentido é que, individualmente, o remédio de *habeas corpus*, olvidado por completo nas insurreições contra a inclusão nos róis negativos sem observância do art. 43 do CDC, revela-se o meio adequado a compelir o gestor dos sistemas de escore a dar ao conhecimento do consumidor todos os dados colhidos junto às diversas fontes e todos os critérios utilizados e agregados para formar o perfil divulgado aos comerciantes consulentes. De posse de tal fundamental informação, poderá o consumidor, então, questionar a pontuação que lhe foi atribuída e a própria negativa de crédito, indicando que apontamentos não

correspondem à verdade, por quitação, fraude ou lide pendente em juízo, quais restam atingidos pela prescrição ou superam o prazo do art. 43, § 1º, do CDC. Caso a pontuação desfavorável e passível de questionamento, pelos motivos elencados, tenha engendrado ao consumidor a perda de uma oportunidade irrecuperável de contratar ou o tenha exposto publicamente como detentor de perfil arredio à celebração de pactos de consumo, a exemplo do que ocorre com o cadastramento indevido nos róis negativos, evidenciado restará o dano a desafiar, finalmente, a fixação de verba indenizatória. Nessa linha, precipitada a cumulação de pedido indenizatório, em demanda ordinária, com antecipação de tutela visando ao conhecimento da pontuação do consumidor e dos elementos que a compuseram, porquanto necessária a prévia demonstração de que efetivamente houve dados negativos inverídicos que foram considerados para compor o perfil que desautorizou a concessão do crédito.

Além disso, pelo que preconiza a Lei n. 12.414, na hipótese de ter sido atribuído ao consumidor pontuação desfavorável com base em dados equivocadamente fornecidos, fontes e gestor do sistema responderão solidariamente pelo dano causado. O conselunte, de outra sorte, responderá apenas se, por ocasião da negativa de crédito, agir com abuso, na forma do que estabelece o art. 187 do Código Civil.

No âmbito de atuação coletiva, a fim de extirpar a irregular e potencialmente lesiva prá-

tica dos sistemas de pontuação de consumidores, bem como garantir a efetiva reparação àqueles que sofreram prejuízo com o sistema de escore, recomendável a sempre eficiente e abrangente iniciativa do Ministério Público, na forma do art. 82 do CDC. Por meio de inquérito civil, viável a obtenção de ajuste de conduta por parte dos gestores dos sistemas de pontuação de consumidores, transação esta hábil a amparar execução judicial, *vide* art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. Na hipótese de insucesso da medida extrajudicial, a demanda coletiva exsurge como meio igualmente mais econômico e célere a proteger a privacidade dos consumidores cadastrados, sem excluir o direito dos lesados à futura liquidação e execução individual do julgado, mediante a indicação específica do dano experimentado.

Aplicáveis, ainda, plenamente, as sanções administrativas de que trata o art. 56 do CDC, com atuação concorrente entre os órgãos de proteção ao consumidor federais, estaduais e municipais, sem prejuízo de que sejam cumuladas com as medidas corretivas propugnadas no § 2º do art. 17 da Lei n. 12.414/2011<sup>59</sup>. ■

59 – Art. 17. Nas situações em que o cadastrado for consumidor, caracterizado conforme a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aplicam-se as sanções e penas nela previstas e o disposto no § 2º. (...)

§ 2º Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º, os órgãos de proteção e defesa do consumidor poderão aplicar medidas corretivas, estabelecendo aos bancos de dados que descumprirem o previsto nesta Lei obrigações de fazer com que sejam excluídas do cadastro, no prazo de 7 (sete) dias, informações incorretas, bem como cancelados cadastros de pessoas que não autorizaram a abertura.

# Novas ferramentas para auxílio à atividade jurisdicional

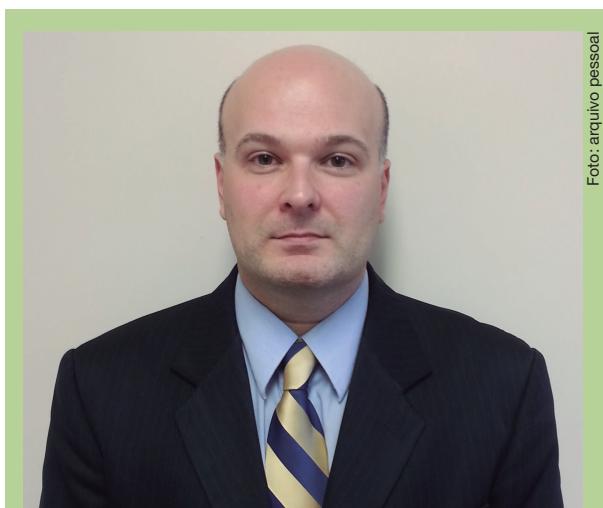


Foto: arquivo pessoal

**André Luís de Aguiar Tesheimer**  
Juiz de Direito

**Sumário:** Introdução. Cálculo e redação de acordo de pagamento de quantia certa. Redação de acordo em Direito de Família. Audiência de Suspensão Condicional do Processo. Agenda para o Juizado Especial Cível ou Criminal. Audiências Preliminares no JECrim. Palavras finais.



## Introdução

Em 2007 tive oportunidade de escrever um artigo<sup>1</sup> nesta mesma revista, apresentando um conjunto de programas que servem basicamente, em sua maioria, para cálculos diversos relacionados à atividade jurisdicional. No decorrer dos anos, este software vem sendo melhorado e atualizado, muito em razão da colaboração de magistrados e servidores do Poder Judiciário.

“... o computador pode (e deve) ser utilizado muito mais do que como simples editor de texto e banco de dados, motivo por que conclamo o leitor a ajudar a pensar em formas de otimização das atividades.”

Neste artigo, apresento alguns dos novos módulos que compõem o programa “Ferramentas”, bem como outros sistemas que me têm auxiliado bastante nas atividades diárias. Este texto não tem por finalidade servir de manual de instruções (*detalhes do funcionamento podem ser encontrados no respectivo site<sup>2</sup>*), mas, sim, a de divulgar sistemas que podem ajudar magistrados e servidores. Além disso, serve o presente para que o leitor reflita se não há forma de otimização de suas atividades, por meio de algum sistema de informática. A maioria dos sistemas que desenvolvi nasceram da simples observação de *em que o tempo está sendo gasto*.

Não tenho dúvidas de que o computador pode (e deve) ser utilizado muito mais do que como simples editor de texto e banco de dados, motivo por que conclamo o leitor a ajudar a pensar em formas de otimização das atividades.

Passo, agora, a apresentar alguns dos sistemas mais recentes que desenvolvi:

- 1) *cálculo e redação de acordo de pagamento de quantia certa;*
- 2) *redação de acordo em Direito de Família;*
- 3) *audiência de suspensão condicional do processo;*
- 4) *agenda para o Juizado Especial Cível e Criminal;*
- 5) *audiências preliminares no JECrim.*

1 – Revista Multjuris, n. III, junho, 2007, p. 14.

2 – Utilizar o QRCode acima ou acessar <https://sites.google.com/site/ferramentasjud>.





## Cálculo e redação de acordo de pagamento de quantia certa

Este módulo, que compõe o sistema “Ferramentas”, ajuda o magistrado, o Conciliador ou o Juiz leigo a redigir, na audiência e de forma completa, um acordo de pagamento de quantia certa<sup>3</sup>. Caso haja necessidade de parcelamento do débito, o sistema irá ajudar a encontrar a melhor forma, de acordo com a vontade e possibilidade das partes.

A utilização desta ferramenta evita erro de cálculo e agiliza a audiência, pois bastará copiar para a ata a redação sugerida pelo programa, sendo melhor do que simples modelos de acordo, por não ser genérico.

Informado o valor do débito, o programa sugere o valor da parcela: 1) com base no *número de prestações*, ou 2) com base em quanto o devedor pode pagar.

Pode ser informado que a primeira parcela terá um valor diferenciado, caso em que o programa irá reajustar as demais. Se esse valor estiver sendo pago na própria audiência, clicando-se na opção correspondente, o texto será ajustado a esta circunstância.

Cláusula penal também pode ser estabelecida, com apenas um clique e a indicação do percentual da multa.

Se a audiência estiver sendo presidida por Juiz de Direito, poderão ser estabelecidas as demais questões: custas, honorários e consequência processual da homologação do acordo (extinção, suspensão, arquivamento). Caso o ato esteja sendo presidido por outro operador, surgirá no texto do acordo o requerimento de homologação.

A seguir, uma tela do programa e, depois, o texto que pode ser obtido, com apenas alguns “cliques”:

**Acordo (cálculo e redação)**

<b>Débito:</b> <input type="text" value="3.200"/> <b>Entrada (se houver):</b> <input type="text" value="1.000"/> <input type="checkbox"/> Paga neste ato	<b>A entrada corresponde a 31,25% do total.</b> <b>Valor restante: R\$ 2200,00.</b>	<b>Opções de parcelamento disponíveis para o valor restante (R\$ 2200,00).</b> <input checked="" type="radio"/> 2 parcelas de R\$ 733,00 e uma de R\$ 734,00 <input checked="" type="radio"/> 3 parcelas de R\$ 600 (= R\$ 1800,00) e uma de 400,00 <input checked="" type="radio"/> 2 parcelas de R\$ 600 (= R\$ 1200,00) e uma de 1000,00 <input type="checkbox"/> Inverter ordem apresentada
<b>ou</b> 2) Calcular pelo valor que se pode pagar <b>Quanto o devedor pode pagar mensalmente o restante?</b> <input type="text" value="600"/>		
<b>1º vencimento:</b> <input type="text" value="01/08/2013"/>		
<b>O pagamento será efetuado:</b> diretamente à parte autora, mediante recibo. <input type="checkbox"/> Não estabelecer <input checked="" type="radio"/> Fixada em <input type="text" value="20"/> %		
<b>JEC?</b> <input type="checkbox"/> Audiência presidida por Juiz Leigo ou Conciliador <b>Honorários</b> <input checked="" type="checkbox"/> cada parte com o seu. <b>Custas</b> <input type="radio"/> Não constar nada <input type="radio"/> pelo Autor <input checked="" type="radio"/> pelo Réu <input type="radio"/> serão divididas <input type="checkbox"/> suspensas pela AJG <b>Homologar o acordo e:</b> <input checked="" type="radio"/> extinguir <input type="radio"/> suspender a execução <input type="radio"/> arquivar a execução		
<b>Acordam as partes nos seguintes termos:</b> O demandado pagará à parte autora o valor total de R\$ 3200,00, parcelado em 5 vezes. A primeira parcela será no valor de R\$ 1000,00. As parcelas seguintes serão no valor de R\$ 600,00, com exceção da última, que será no valor de R\$ 400,00. O vencimento da primeira será em 01/08/2013 e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes. O pagamento será efetuado diretamente à parte autora, mediante recibo. Recaindo o vencimento em dia não útil, será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte. A inadimplência acarretará cláusula penal de 20% sobre o saldo devedor e o vencimento antecipado das parcelas vincendas. Integralmente cumprido o acordo fica quitada a obrigação, nada mais tendo as partes a reclamar uma da outra pelos fatos discutidos neste processo. <b>Custas pela parte ré.</b> Cada parte arcará com os honorários de seu patrono. Pelo Juiz foi HOMOLOGADO o acordo e julgado EXTINTO o processo, com base no art. 269, inc. III, do Código de Processo Civil. Com o trânsito em julgado, arquive-se, com baixa.		

Copiar este texto para área de transferência

Recomeçar acordo
 Ajuda
 Voltar

3 – Estamos em tratativas junto à Administração do TJ, Corregedoria e Departamento de Informática para que um sistema semelhante a este seja construído junto ao e-Themis1g.

Acordam as partes nos seguintes termos:

O demandado pagará à parte autora o valor total de R\$ 3.200,00, parcelado em 5 vezes. A primeira parcela será no valor de R\$ 1.000,00. As parcelas seguintes serão no valor de R\$ 600,00, com exceção da última, que será no valor de R\$ 400,00. O vencimento da primeira será em 01/08/2013 e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes.

O pagamento será efetuado diretamente à parte autora, mediante recibo.

Recaindo o vencimento em dia não útil, será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte.

A inadimplência acarretará cláusula penal de 20% sobre o saldo devedor e o vencimento antecipado das parcelas vincendas.

Integralmente cumprido o acordo, fica quitada a obrigação, nada mais tendo as partes a reclamar uma da outra pelos fatos discutidos neste processo.

Custas pela parte ré.

Cada parte arcará com os honorários de seu patrono.

Pelo Juiz foi HOMOLOGADO o acordo e julgado EXTINTO o processo, com base no art. 269, inc. III, do Código de Processo Civil.

Com o trânsito em julgado, arquive-se, com baixa.

Sugere-se a utilização desta ferramenta em conjunto com o programa de correção de valores do Banco Central, disponibilizada na internet, onde se atualizam valores pelo IGP-M, IPC, TR, poupança, etc.

### **Redação de acordo em Direito de Família**

Este módulo ajuda a elaboração de acordo envolvendo questões de Família, no que diz respeito à guarda dos filhos, visitas e pensão alimentícia.

De início, o usuário deve indicar se o acordo se refere a filho, filha, filhos ou filhas. Essa informação é importante para que fique correta a redação. Após, deve ser indicado com quem fica a guarda.

Quanto às visitas, há algumas opções mais comuns nos acordos, como opção em finais de semana alternados, com ou sem horários fixos, e ainda detalhamentos como alternância de aniversários, festas de finais de ano, Dia das Mães com a mãe, etc.

A parte mais interessante neste módulo diz respeito ao cálculo da pensão alimentícia, pois há três maneiras de se buscar o valor desejado pelas partes, tendo-se por base o salário-mínimo, os rendimentos líquidos do devedor ou outro valor apontado pelas partes:

- **Sobre o salário-mínimo:** quando as partes querem realizar acordo sobre salário-mínimo, cujo valor atual já vem indicado pelo programa. É apresentada uma pequena tabela indicando os percentuais mais utilizados, mas, evidentemente, qualquer valor pode ser estabelecido, o qual irá constar da redação do acordo. Se as partes estiverem conversando sobre pagamento de valor em Reais, o que é mais comum, o usuário pode indicar o valor estabelecido, aparecendo na redação do acordo o equivalente em percentual do salário-mínimo, e não o valor fixo em Reais, como recomenda a melhor técnica, para fins de atualização do valor da pensão.

- **Sobre outro valor:** caso as partes estejam entabulando acordo tendo como base da pensão outro valor, que não o salário-mínimo. No acordo, contudo, o valor estabelecido será em salários-mínimos, como é recomendável. Da mesma forma, irá aparecer uma tabela com os índices mais comuns.

- **Sobre os rendimentos líquidos:** quando o pagamento da pensão alimentícia for realizado de acordo com os rendimentos líquidos do devedor, como determina o art. 734 do CPC. Há opção de incidência, ou não, do terço de férias e 13º salário.





Abaixo, tela de exemplo do sistema:

**As partes acordam nos seguintes termos:**

- A guarda das filhas caberá à mãe.
- As VISITAS ocorrerão em finais de semana alternados. As filhas serão buscadas no sábado às 9 horas e devolvidas no domingo até 18 horas.
- As festas de final de ano serão alternadas: Natal com um, Ano Novo com outro, invertendo-se ano a ano.
- No Dia das Mães, as filhas ficarão com a mãe; no Dia dos Pais, com o pai.
- O pai pagará PENSÃO ALIMENTÍCIA às filhas no valor de 32% sobre o valor do salário mínimo nacional, hoje equivalente a R\$ 216,96.
- O valor será pago diretamente à mãe, que passará recibo. O pagamento será realizado até o dia 5 de cada mês.

Pelo Juiz foi dito que, acolhendo a manifestação do Ministério Público, HOMOLOGAVA o acordo firmado entre as partes.

Abaixo, o resultado a ser “colado” na ata de audiências:

As partes acordam nos seguintes termos:

- A guarda das filhas caberá à mãe.
- As VISITAS ocorrerão em finais de semana alternados. As filhas serão buscadas no sábado às 9 horas e devolvidas no domingo até as 18 horas.
- As festas de final de ano serão alternadas: Natal com um, Ano Novo com outro, invertendo-se ano a ano.
- No Dia das Mães, as filhas ficarão com a mãe; no Dia dos Pais, com o pai.
- O pai pagará PENSÃO ALIMENTÍCIA às filhas no valor de 32% sobre o valor do salário-mínimo nacional, hoje equivalente a R\$ 216,96.

O valor será pago diretamente à mãe, que passará recibo. O pagamento será realizado até o dia 5 de cada mês.

Pelo Juiz foi dito que, acolhendo a manifestação do Ministério Público, HOMOLOGAVA o acordo firmado entre as partes.

## Audiência de suspensão condicional do processo

Destina-se a agilizar a audiência de suspensão condicional do processo, montando a ata e também *fichas de comparecimento* do réu em cartório (o que facilita posterior controle por parte dos serventuários e também do próprio acusado). Quando uma das condições da SCP consistir em prestação pecuniária, o sistema auxilia no cálculo do parcelamento, criando um texto com redação clara e simples, tanto quanto possível, para que possa ser bem compreendido pelo réu.

O sistema pede que se indique o número do processo e o nome do réu, pois esses dados constarão das fichas de comparecimento periódico e também de eventual atestado. Quanto ao nome do acusado, interessante observar que, caso se trate de nome feminino, o programa identifica esta circunstância e cria modelos de acordo com o gênero correto.

Também pode ser indicado o nome do advogado que acompanha o réu, digitando-o ou escolhendo-o em uma lista de

defensores já cadastrados. Essa lista de advogados<sup>4</sup> pode ser editada e é a mesma utilizada no sistema do JECrim., mais adiante descrito.

Em se tratando de processo que tramita perante o Juizado Especial Criminal, em obediência ao rito estabelecido pela Lei n. 9.099/95, faz-se necessária, antes do oferecimento da SCP, a defesa preliminar e o recebimento da denúncia. Por isso, há textos com defesas preliminares frequentes e o recebimento da denúncia, os quais podem ser livremente alterados. Esses modelos podem ser alterados nas configurações, inclusive acrescentados outros.

Se não houver interesse na proposta da SCP, constam as seguintes hipóteses, todas ao alcance de um clique:

- **Réu não aceita a proposta em rito comum:** nesse caso, é montado um texto abrindo-se o prazo para a resposta escrita<sup>5</sup> e desde logo designada audiência de instrução e julgamento.

- **Réu não aceita a proposta em rito do JECrim.:** é montado um texto designando audiência de instrução e julgamento, com a advertência de que o acusado deverá trazer suas testemunhas ou apresentar requerimento para intimação (art. 81 da Lei n. 9.099/95).

- **Réu pessoalmente citado e intimado para audiência não comparece:** decreta-se a revelia, dá-se vista à Defensoria Pública para a apresentação da resposta escrita e, desde logo, designa-se audiência de instrução e julgamento.

- **Réu aceita a proposta.** Veremos, a seguir, as condições do benefício.

### Condições da SCP

O sistema permite períodos de suspensão de 2, 3 ou 4 anos, com apresentações mensais, bimestrais ou trimestrais. Indica-se, também, o período que o acusado pode ficar fora da comarca sem ter que pedir autorização judicial.

4 – No Interior do Estado, acaba por se repetir bastante os advogados que atuam na área criminal, de modo que achei útil deixar ali os nomes mais frequentes.

5 – Quando o Ministério Pùblico oferece a SCP com a denúncia, designo a audiência tão somente para esta finalidade e determino que o prazo para a apresentação da resposta corra daquele ato, caso recusado o benefício.

Quanto às condições da SCP, o usuário pode escolher a prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade ou outras condições, as quais podem ser previamente configuradas de acordo com a praxe de cada comarca.

Quanto à *prestação pecuniária*, indicando-se o valor total, o número de parcelas e o primeiro vencimento, esses dados são apresentados de forma clara e objetiva na ata, o número de parcelas é alterado, clicando-se nas setas, sendo apresentado o valor de cada uma delas.

Quanto à *prestação de serviços à comunidade*, basta indicar o número de meses e horas semanais, e será mostrado o número total de horas a cumprir.

Se houver necessidade de se deprecar a fiscalização das condições, escolhe-se a comarca na lista correspondente e o texto da ata é adaptado. Por outro lado, caso se trate de ato deprecado, clicando-se em “informar a aceitação da SPC” constará da ata o texto correspondente.

### Ficha de comparecimento

O botão de “imprimir ficha de comparecimento” ficará visível caso não se trate de precatória.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PODER JUDICIÁRIO		<b>Controle de apresentações</b> ficha p/ réu																																	
Proc. nº:		Nome:																																	
Periodo:	2 anos, apresentações mensais (16/02/2011 a 15/02/2013)																																		
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th>Data da apresentação</th> <th>Funcionário</th> <th>Data da apresentação</th> <th>Funcionário</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>mar/2011</td><td></td><td>fev/2012</td><td></td></tr> <tr><td>abr/2011</td><td></td><td>mar/2012</td><td></td></tr> <tr><td>mai/2011</td><td></td><td>abr/2012</td><td></td></tr> <tr><td>jun/2011</td><td></td><td>mai/2012</td><td></td></tr> <tr><td>jul/2011</td><td></td><td>jul/2012</td><td></td></tr> <tr><td>ago/2011</td><td></td><td>ago/2012</td><td></td></tr> <tr><td>set/2011</td><td></td><td></td><td></td></tr> </tbody> </table>				Data da apresentação	Funcionário	Data da apresentação	Funcionário	mar/2011		fev/2012		abr/2011		mar/2012		mai/2011		abr/2012		jun/2011		mai/2012		jul/2011		jul/2012		ago/2011		ago/2012		set/2011			
Data da apresentação	Funcionário	Data da apresentação	Funcionário																																
mar/2011		fev/2012																																	
abr/2011		mar/2012																																	
mai/2011		abr/2012																																	
jun/2011		mai/2012																																	
jul/2011		jul/2012																																	
ago/2011		ago/2012																																	
set/2011																																			





Clicando nesse botão, serão impressas duas fichas de comparecimento, com identificação do nome, número do processo e período de suspensão. Uma ficha deve ser entregue ao réu, para que tenha controle de suas apresentações e para colher recibo de comparecimento com o cartório. Outra ficha

é impressa para o controle do próprio cartório (sem, portanto, a necessidade de, em cada apresentação do réu, o cartório ter que elaborar um termo de comparecimento).

Abaixo, tela de exemplo do programa e, em seguida, um texto completo obtido com o sistema.

**Elaboração de ata de audiência de Suspensão Condicional do Processo**

Dados	Condições	Resultado	
Prazo da SCP:	<input checked="" type="radio"/> 2 anos <input type="radio"/> 3 anos <input type="radio"/> 4 anos	Apresentações:	<input checked="" type="radio"/> mensais <input type="radio"/> bimestrais <input type="radio"/> trimestrais
Proibição de se ausentar por mais de:	7    15    30    30 dias	<input type="button" value="Imprimir ficha de comparecimento"/>	
Outras condições:	<input type="checkbox"/> Comparecimento ao CAPS Comparecer no prazo de 10 dias ao CAPS desta cidade (Rua Apolinário de Moraes, nº 1607, ao lado da emergência do Hospital Montenegro, telefone 3632-5317), para realizar avaliação e eventual tratamento para drogação. A presente ata de audiência servirá como ofício a ser apresentado naquele órgão. O acusado deverá comprovar no processo o cumprimento desta medida, no prazo de 30 dias.		
<input checked="" type="checkbox"/> Prestação Pecuniária Valor total: R\$ 339,00, em 3 parcelas de R\$ 84,00 e outra de R\$ 67,00 Meio S.M.    1 S.M.    1,5 S.M.    2 S.M. Parcelas: 4 <input type="button" value="↑"/> <input type="button" value="↓"/> Primeiro vencimento: 27/08/2013		<input type="checkbox"/> Deprecar a fiscalização à Comarca de: <input type="text"/> Em precatória (sou deprecado) <input type="checkbox"/> Informar a aceitação da SCP	
<input checked="" type="checkbox"/> Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) Meses: 2    Horas semanais: 8    Total: 64 horas.		<input type="button" value="Reiniciar"/>	
<b>DEFINIÇÕES DA SCP</b> Configurações de textos de PSC e Prestação Pecuniária Outras configurações Versão do software / Atualização pela intranet			

Aberta a audiência com as formalidades legais. Presente a ré, acompanhada pela Defensoria Pública.

Foi oferecida proposta de suspensão do processo à acusada (art. 89 da Lei n. 9.099/95), pelo prazo de dois anos, mediante as seguintes condições:

1) Apresentação pessoal em Juízo, uma vez por mês, dando conta de suas ocupações. Ao se apresentar, deve trazer a ficha que ora recebe. O horário de atendimento é das 11h às 18h;

2) Proibição de se ausentar da comarca em que reside, por período superior a 30 dias, sem prévia comunicação ao Juízo. Precisando ficar fora por mais do que esse período, basta comparecer ao fórum e informar para qual cidade irá e por quanto tempo;

3) Obrigação de comunicar qualquer alteração de endereço. Durante o período da suspensão, se houver mudança de endereço, deverá informá-lo por meio de seu advogado ou então pessoalmente;

4) Prestação pecuniária a ser realizada da seguinte forma:

– **valor total:** R\$ 339,00

– **parcelas:** 4

– **data dos pagamentos:**

1<sup>a</sup> parcela: 27/08/2013 (R\$ 84,00)

2<sup>a</sup> parcela: 27/09/2013 (R\$ 84,00)

3<sup>a</sup> parcela: 27/10/2013 (R\$ 84,00)

4<sup>a</sup> parcela: 27/11/2013 (R\$ 87,00)

– **Forma de pagamento:** depósito na Conta Judicial n. 03.041552.0-8, Ag. 0283, do Banrisul. Esse pagamento será realizado em qualquer agência do Banrisul, diretamente no caixa, nunca por envelope;

– **Comprovação do pagamento:** a entrega do comprovante do depósito das parcelas no Cartório da Vara Criminal, mensalmente, é obrigatória, sendo essa a única forma de se provar o pagamento (não havendo a entrega dos comprovantes, será considerado como não realizado).

A proposta foi aceita pela acusada e por seu defensor.

Pelo Juiz de Direito foi dito que suspendia o processo, considerando esta audiência como a primeira apresentação.

A ré recebe cópia desta ata e fica ciente de que:

a) Aceitando este acordo não está assumindo culpa (não há condenação);

b) Se descumprir injustificadamente quaisquer das condições estabelecidas, o benefício será revogado e o processo voltará a correr. Justificado o eventual descumprimento, deverá ser apresentado e provado, por escrito, pelo(a) acusado(a);

c) Se vier a ser processado por outro crime, a suspensão será revogada, prosseguindo-se este feito;

d) Quando vier ao cartório, deverá trazer a ficha de comparecimento que recebe neste momento, devendo o funcionário assinar a via que permanece com o(a) acusado(a), para que este tenha condições de comprovar o cumprimento desta condição imposta;

e) O valor da “multa” será doado para instituições cadastradas nesta Comarca (conforme autorizado pelo Provimento n. 19/08-CGJ). Qualquer pessoa pode acompanhar a destinação dos valores pelo site [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br), indicando o processo n. 018/1.08.0005225-4.

## Agenda para o Juizado Especial Cível ou Criminal

Cansado de agendas de papel na “era da computação em nuvem” e de ver os Conciliadores e Juízes leigos interrompendo a audiência para ir “buscar a pauta”, quando havia necessidade de nova designação de audiência, decidi desenvolver este sistema. Destina-se à organização e disponibilização da pauta de audiência dos Juizados Especiais, sendo uma espécie de agenda eletrônica a ser usada em grupo.

O programa pode ser utilizado ao mesmo tempo tanto para o Juizado Cível quanto para o Criminal. Basicamente, funciona da seguinte forma:

a) o Administrador cria a pauta, indicando as datas e os horários das audiências;

b) depois de disponibilizada a pauta criada pelo Administrador, o Conciliador ou Juiz leigo marca a audiência, com base na pauta disponibilizada anteriormente, num ambiente de fácil utilização.

Quando da primeira utilização do software, o programa deve ser configurado de acordo com a sistemática aplicada no respectivo Juizado, indicando os horários e intervalos comumente utilizados.

## Disponibilização (criação) da pauta

O funcionário que tiver a senha de Administrador é o único que pode criar os horários de audiências que integrarão a pauta.

Escolhe-se o tipo de audiência (conciliação ou instrução), a data, o primeiro e último horário, o intervalo entre as audiências e o número de audiências por horário. O Administrador também tem a opção de criar uma pauta exclusiva para ele, ou seja, horários que não estarão visíveis aos Conciliadores e Juízes leigos.

Uma vez criada a pauta, os horários são imediatamente disponibilizados a todos e já irá aparecer na tela do Administrador.

Neste módulo do Administrador há um campo para observações diversas. Abaixo, uma tela de exemplo:





Administrado dos horários das audiências - JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

### Audiências conciliatórias

Data	Dia da semana	Hora	Processo	Tipo de ação
30/07/2013	terça-feira	17:30	313.717.1.719-7 e	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	17:30	313.721-0 e 722-8	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	17:40	3.13.755-4	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	17:40	313438-5	Reparação de Danos
30/07/2013	terça-feira	17:50	3.13.777-5	Consumidor
30/07/2013	terça-feira	17:50	3.13.778-3	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	18:00	3.13.779-1	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	18:00	3.13.780-4	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	18:10	3.13.781-3	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	18:10	3.13.782-1	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	18:20	313175-0	COBRANÇA
30/07/2013	terça-feira	18:20	3130000791-0	COBRANÇA
30/07/2013	terça-feira	18:30	3.13.792-9	Indenizatória
30/07/2013	terça-feira	18:30	313695-7	Cobrança
30/07/2013	terça-feira	18:40	313794-5	consumidor
30/07/2013	terça-feira	18:40	3.13.746-4	Consumidor
30/07/2013	terça-feira	18:50	3.13.0000747-3	Consumidor
30/07/2013	terça-feira	18:50	018/3.13.0000796-	Indenizatória
30/07/2013	terça-feira	19:00	313.797-0	Rescisão
30/07/2013	terça-feira	19:00	313804-6	Obrigação de Fazer
30/07/2013	terça-feira	19:10	313363-0	Reparação de Danos
30/07/2013	terça-feira	19:10		
30/07/2013	terça-feira	19:20		
30/07/2013	terça-feira	19:20	01831300007023	Consumidor
06/08/2013	terça-feira	17:30	3.13.724-4, 725-2 e	Cobrança
06/08/2013	terça-feira	17:30	3.13.728-7	Cobrança
06/08/2013	terça-feira	17:30	3.13.730-9	Cobrança
06/08/2013	terça-feira	17:40	3.13.755-2	Cobrança
06/08/2013	terça-feira	17:40	3.13.795-3	outros
06/08/2013	terça-feira	17:40	0000	Já tem

Apagar registro selecionado |  Desmarcar este horário

**Filtrar**  
 Mostrar todas audiências |  Dia |  Semana |  Mês  
Referência: 27/07/2013

**Adicionar horários de audiências**  
Data: 27/07/2013 | Horário: das 17:30 às 19:30 | Audiências neste horário: 2 | Intervalo (minutos): 10  
 Todos podem marcar nesta data |  Somente o Administrador pode

Incluir horários de Conciliação

**Observações**  
Mês: agosto | Obs.: 06, 13, 20 e 27

## Designação da audiência

Conciliadores e Juízes leigos devem marcar audiência clicando no botão referente ao tipo de audiência (Conciliação, Instrução e Julgamento, ou Preliminares, se utilizado o programa no JECrim.). Essa é a forma recomendada, por ser bem mais facilitada, sendo somente mostradas as datas disponíveis para designação. Basta escolher a data e clicar no botão “Agendar”, indicando o número do processo e o tipo de ação.

O Administrador pode marcar audiência dessa mesma forma ou então pelo módulo de Administração. Lembre-se que, uma vez criada a pauta, as datas irão aparecer na tabela que fica no lado esquerdo. Observar, ainda, que os dados podem ser filtrados no campo correspondente (filtrar por dia, semana ou mês).

## Audiências preliminares no JECrim.

Este sistema auxilia o Conciliador a tomar as decisões corretas para o caso, e também na elaboração de acordo de pagamento,

quando houver composição cível (art. 74 da Lei n. 9.099/95) ou transação penal (art. 76).

É uma forma de agilizar a audiência e de se evitar erros jurídicos, na medida em que o software limita as opções do usuário, conforme a espécie de crime e pessoas que estão presentes no ato. Por exemplo, se o programa identifica que se trata de um crime de ameaça, e a vítima não se fez presente (sem apresentar justificativa para ausência), ele irá sugerir manifestação à extinção da punibilidade. O programa foi desenvolvido de acordo com o meu entendimento pessoal e com a prática adotada na Comarca de Montenegro. Na medida do possível, tentei deixar algumas questões de forma mais flexível, a fim de contemplar outros entendimentos como, por exemplo, a possibilidade de editar os textos referentes às transações penais. Por ora, o elevado e crescente número de processos da Vara Criminal impede este magistrado de se dedicar um pouco mais à programação e criar um sistema totalmente flexível.

Conforme a espécie de crime e opções escolhidas pelo usuário, são mostrados alguns lembretes. Por exemplo, quando há acordo, lembrar às partes que terá eficácia de título executivo judicial.

O sistema também traz um banco de dados, que apresenta uma pequena ficha de delitos, para consulta rápida. Podem ser visualizados apenas os delitos de competência do JECrim. ou todos eles.

Em determinadas situações, o programa sugere a designação de nova audiência, por exemplo, quando o autor do fato, intimado pela Autoridade Policial, não se fez presente, e a vítima quer tentar nova audiência conciliatória. Caso se opte por designar nova audiência, o programa irá buscar automaticamente uma data na agenda eletrônica já descrita. O software busca um horário na pauta disponibilizada pelo Administrador, conforme explicado no outro sistema. Indicando-se o número do processo, ele é automaticamente incluído na agenda eletrônica do JECrim.

O sistema também permite que o próprio conciliador emita um atestado de comparecimento, instantaneamente, bastando que se indique o número do processo e clicando no nome da pessoa. Se mais de uma pessoa precisar do atestado, é só clicar nos nomes correspondentes, de forma que apenas com um comando se evite que a parte tenha que se deslocar até o cartório, poupando tempo de todos.

### **Utilização do sistema**

Quando da primeira utilização, o programa deve ser configurado com o nome do magistrado, Assessor<sup>6</sup>, Conciliadores, e editados os textos da transação penal. Também deve ser alterado o texto que será incluído na ata, caso não tenha havido acordo e se trate de lesão corporal<sup>7</sup>.

6 – A meu ver, Assessor também tem autorização legal para realizar a audiência preliminar, em face do disposto na Lei Estadual n. 12.264/05, art. 3º.

7 – Na Comarca de Montenegro, não havendo transação ou composição, após a audiência preliminar, a vítima é encaminhada ao cartório para retirar ofício de encaminhamento ao Posto Médico-Legal de São Leopoldo para a elaboração do laudo.

Para utilizar o sistema, o usuário identifica-se, indica as pessoas envolvidas na ocorrência policial – autor(es) do fato ou vítima(s). Esse procedimento é importante, pois evitará equívocos na audiência.

Após indicar quem está presente, lembrando-se que o sistema identifica se o gênero é masculino ou feminino, com reflexos na redação final, são apresentadas estas opções:

- a) *Presente;*
- b) *Ausente, tendo sido intimado pela Polícia<sup>8</sup>;*
- c) *Ausente, tendo sido intimado por Oficial de Justiça;*
- d) *Ausente, não tendo sido a pessoa localizada;*
- e) *Ausente, não tendo retornado o mandado ou carta de intimação;*
- f) *Ausente, mas o comparecimento da pessoa não era obrigatório (opção utilizada na hipótese que me referi na letra “b”), em outras palavras, essa indicação terá caráter neutro na análise pelo sistema.*

Após indicar as presenças das partes, informar a presença de advogados, escolhendo o nome do defensor na lista<sup>9</sup> e, após, em favor de quem está atuando.

### **Ações e Decisão**

Indicadas as presenças, informa-se ao sistema o delito de que se trata. Para tanto, escolhe-se na lista o crime ou contravenção e dá-se um duplo clique em cima do item desejado (neste caso se assumirá que a primeira pessoa praticou o crime contra a segunda), ou então, com o mouse, puxa-se um risco a partir do autor do fato até a vítima (*desenhar uma linha que iniciará no autor do fato e acabará na vítima*), conforme exemplo abaixo (quadro branco):

8 – Tendo em vista os princípios norteadores do Juizado Especial Criminal, caso o acusado não compareça, designo nova audiência, determinando intimação judicial para se evitar o processo criminal. Se a vítima insistir na representação e não tiver interesse em acordo, ela não fica obrigada a comparecer à próxima audiência, que será apenas para oferecer a transação penal.

9 – Se o advogado não estiver na lista, pode ser cadastrado. A lista geral dos advogados pode ser configurada e editada. Essa lista é a mesma que o programa de SCP acessa.





Juizado Especial Criminal :: André Luís de Aguiar Tesheimer, Juiz de Direito

Usuário Delitos Configurações Ajuda

Partes e Advogados	<b>Delitos</b>	Texto	Atestado
Lista de delitos <b>Ameaça</b> Crueldade contra animais Dano Desacato Desobediência Dirigir sem habilitação Lesão corporal culposa de trânsito Lesão leve Porte de droga Vias de fato	Delitos a serem analisados Carlos Pedro praticou Ameaça contra Maria da Felicidade		Observações
			<input type="button" value="Excluir linha"/>
Pessoas envolvidas na ocorrência policial <div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: 150px;">Carlos Pedro</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: 150px;">João da Silva</div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: 150px;">Maria da Felicidade</div> </div>			
Decisão quanto ao delito de ameaça praticado por Carlos Pedro <div style="display: flex; justify-content: space-around;"> <div style="width: 30%;">  Vítima NÃO quer representar           </div> <div style="width: 30%;">  Acordo           </div> <div style="width: 30%;">  Vítima quer processar o AF           </div> </div>			

Observar que no quadro branco irão aparecer os nomes de todos os envolvidos e, ligando um quadrinho ao outro, serão criadas as “relações jurídicas criminais” a serem analisadas pelo Conciliador.

Caso se trate de crime cometido de forma recíproca, envolvendo apenas duas pessoas, o software identifica essa circunstância, criando um texto condizente com esta situação: “As partes não têm interesse em representar uma contra outra. (...”).

Quanto à lista de delitos, podem ser visualizados todos os de competência do Juizado Especial Criminal, apenas os mais utilizados pelo usuário (identificado automaticamente pelo programa, conforme o uso), ou apenas a natureza do delito.

Não raras vezes, o autor do fato praticou, na mesma ocasião, mais de um delito. Por isso, havendo concurso material de crimes, o programa calcula a soma das penas e alerta quanto ao provável afastamento da competência do JEC.

Após ter sido indicado ao programa “quem fez o que”, irá aparecer no quadro “Delitos a serem analisados” todas as situações que devem ser decididas na audiência.

Surgem ao usuário as decisões possíveis (exemplo abaixo), conforme as pessoas presentes e espécie de ação penal, ou seja, acaba por haver certa “inteligência artificial”, pois, uma vez indicadas corretamente as presenças e os crimes, o programa eliminará eventual erro jurídico que possa ser cometido pelo Conciliador.

- Decisão quanto ao delito de ameaça praticado por Carlos Pedro
- **Vítima NÃO quer representar**
- Acordo
- **Vítima quer processar o AF**
  - **Oferecer transação**
  - Não cabe transação
    - por haver CONDENAÇÃO definitiva por crime
    - porque HOUVE TRANSAÇÃO nos últimos 5 anos
    - em razão dos MAUS ANTECEDENTES
  - Sem acordo, recusou transação

## Transação penal

Ao se oferecer a transação penal, clicando na opção correspondente, irá aparecer uma pequena janela, em que se escolherá prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade.

- Prestação pecuniária: com a indicação do valor, parcelas e a data do primeiro vencimento, é criado um texto completo,

com linguagem simples, tanto quanto possível, como se verá adiante.

- PSC: apenas indicar o número de meses e de horas semanais.

#### **Acordo de pagamento de quantia certa**

Caso haja composição cível, com acordo de pagamento de determinado valor, clicando na opção correspondente surgirá uma nova janela, muito semelhante ao módulo de acordo já visto neste artigo.

#### **Palavras finais**

Apesar de estarmos entrando na era do processo virtual, no entanto, ainda muito pouco se aproveitam os instrumentos tecnológicos que estão à nossa disposição. Com passos de tartaruga desenvolve-se a informática jurídica. De regra, continuamos a usar o computador como substituto de fichas de papel e de máquinas de escrever.

Espero que a apresentação destas novas Ferramentas ajude a pensar em outros sistemas que ainda possam ser desenvolvidos. As possibilidades são infinitas, mas,

como já ressaltei, pouco se desenvolve, pouco se pensa a este respeito, muito porque os funcionários de TI não compreendem bem o que o magistrado e servidores precisam (o que é absolutamente normal), e estes, por sua vez, não têm ideia do que um sistema de informática pode fazer.

Por fim, fica o registro de que colegas e servidores do Poder Judiciário têm constantemente sugerido alterações e a implementação de novos recursos, os quais já integram o programa ou estão anotados para futura implementação. Fica aqui o meu agradecimento a todos que, de uma forma ou de outra, me auxiliaram, deram ideias e incentivaram o desenvolvimento desses sistemas.

Os programas podem ser baixados pela intranet, no menu “Documentos”. São de livre utilização por magistrados e servidores da Justiça deste Estado, no exercício de sua atividade-fim.

Eventuais sugestões, críticas e novas ideias são bem-vindas e podem ser enviadas diretamente para meu e-mail: alat@tj.rs.gov.br. ■





# A imposição judicial da renegociação e da cooperação como soluções viáveis ao tratamento do superendividamento



Foto: arquivo pessoal

**Felipe Kirchner<sup>1</sup>**

Mestre em Direito Privado pela UFRGS

**Resumo:** O presente estudo objetiva delinear os pressupostos teóricos e normativos que amparam a possibilidade de imposição judicial da renegociação, fulcrada na cooperação contratual, para evitar a ruína do consumidor superendividado. Reconhecendo os inúmeros fatores positivos do crédito, avaliando os efeitos do processo de sua expansão exacerbada e aceitando o endividamento como uma consequência inerente à sociedade de consumo, este ensaio introduz a dimensão ontológica do sujeito superendividado no debate jurídico, explicitando critérios decisórios a serem utilizados na salvaguarda deste sujeito hipervulnerável.

**Palavras-chave:** Superendividamento. Tratamento. Dignidade da Pessoa Humana. Mínimo Existencial. Essencialidade. Cooperação. Solidariedade Social. Dever do Credor em Mitigar o Próprio Prejuízo. Concessão Responsável do Crédito.

“... os pressupostos teóricos e normativos que amparam a possibilidade de imposição judicial da renegociação, fulcrada na cooperação contratual, para evitar a ruína do consumidor superendividado.”

**Sumário:** Introdução. I. Delineamentos sobre o superendividamento. A. Conceito de superendividamento de pessoas físicas. B. Espécies de superendividamento e perfil da pretensão do superendividado. II. A imposição judicial da renegociação e da cooperação contratual como forma de evitar a ruína do consumidor superendividado. A. Dignidade da pessoa humana e garantia do mínimo existencial. B. Paradigma da essencialidade. C. Dever de cooperação e solidariedade social: princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. D. Dever do credor em mitigar o próprio prejuízo. E. Paradigma do direito empresarial. F. Concessão responsável do crédito. G. Aplicação das regras do art. 745-A do CPC e dos arts. 396 e 480 do CC. Conclusão. Referências.

1 – Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Presidente do Conselho Estadual de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul (CEDECON). Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

## Introdução

Inicialmente, cumpre posicionar o superendividamento como fenômeno econômico-

-social indissociável da economia de mercado, da cultura do consumo e, consequentemente, do endividamento. Neste contexto, a busca por soluções visa a contrariar a lógica comercial vigente, de elaboração de contratos de escravidão,<sup>2</sup> nos quais os credores lucram mais com um devedor morto economicamente,<sup>3</sup> esquecendo-se dos deveres de lealdade e de cooperação que derivam do princípio da boa-fé objetiva.

Tendo em vista as peculiaridades socio-económicas e as (im)possibilidades atuais de nosso sistema jurídico, o presente estudo<sup>4</sup> objetiva trazer a lume a discussão acerca da necessidade de criação de novos instrumentos para o tratamento<sup>5</sup> do superendividamento de pessoas físicas,<sup>6</sup> enfocando especificamente o

2 – Expressão utilizada por Claudia Lima Marques.

3 – MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, jul.-set., 2005b, p. 51.

4 – Este ensaio iniciou com as discussões travadas na disciplina "Direito do Consumidor no Mercosul", ministrada pela Dra. Claudia Lima Marques, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (PPGDir/UFRGS), do qual resultou o seguinte artigo: KIRCHNER, Felipe. Os Novos Fatores Teóricos de Imputação e Concretização do Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 65, p. 63-113, jan.-mar., 2008. Após, a questão ganhou vulto com a atuação do autor como Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul, em que se pode verificar tanto o perfil do superendividado, que busca por uma possibilidade de adimplência, quanto a insuficiência dos instrumentos jurídicos para tratamento da situação limite e existencial que é o superendividamento. Assim, visando a uma atuação uniforme e propositiva para a solução deste fenômeno em expansão, a Defensoria Pública buscou o amparo técnico da academia, recorrendo ao grupo de pesquisa CNPq/UFRGS Mercosul e Direito do Consumidor, coordenado pela Profa. Claudia Lima Marques, com o apoio das Juízas Clarissa Costa de Lima e Káren Rick Danilevitz Bertoncello, no qual se tem trabalhado o tema da renegociação e da exceção da ruína como deveres jurídicos possíveis de serem impostos judicialmente. Neste âmbito, cumpre agradecer a pesquisa realizada pelos alunos, organizada por Simone Backes.

5 – Dentre as formas possíveis de combate ao superendividamento existem ações que dizem com sua observação, prevenção e tratamento, cabendo ao presente estudo enfocar esta última vertente, que se dedica à correção do problema já consumado (MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE, Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula; CRUZ, Cristina. *O Endividamento dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 193-194, 210-211 e 299; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 194; PEREIRA, Wellerson Miranda. *Serviços Bancários e Financeiros na Europa: as diretrizes e normas aplicáveis*. Ensaio apresentado na Cadeira "Direito do Consumidor e Mercosul" no PPGDir/UFRGS, 2005, p. 11; COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a, p. 111).

6 – A doutrina se utiliza de diversos termos para identificar o fenômeno: superendividamento (Brasil), falência de consumidores, insolvência de consumidores, sobreendividamento (Portugal), *over-indebtedness* (EUA, Reino Unido e Canadá), *surendettement* (França) e *Überschuldung* (Alemanha). MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 111.

princípio geral ou dever de renegociação e a cooperação como soluções juridicamente viáveis à manutenção do mínimo existential vital do ser humano endividado.

Preocupando-se com essa última linha de abordagem, sem descurar da verificação das regras existentes permissivas de um tratamento (embora ainda insuficiente),<sup>7</sup> aqui será enfocado novos fatores teóricos de imputação ao tratamento, a serem desvelados por meio de uma atitude hermenêuticaativa e construtiva por parte do operador.

Quanto ao plano teórico, refiro que subjaz ao desenvolvimento deste ensaio a influência de fatores sociológicos,<sup>8</sup> éticos, psicológicos,<sup>9</sup> políticos e econômicos que influenciam no desenvolvimento da relação contratual consumerista,<sup>10</sup> – tópicos estes que, apesar de não serem desconsiderados, não serão aqui enfrentados diretamente.

p. 13-14.

7 – Sobre as tentativas de normatização da matéria, o seguinte artigo: BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz; LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao Projeto Conciliar é Legal – CNJ: Projeto Piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 63, p. 173-201, jul.-set., 2007.

8 – LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, p. 57-64, 1996, p. 59.

9 – RAMSAY, Ian. A Sociedade do Crédito ao Consumidor e a Falência Pessoal do Consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de crédito e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 63, jul.-set., 2007, p. 239, 241, 254-255; FERREIRA, Vera Rita de Mello. A Contribuição da Psicologia Econômica: trajetória e perspectivas de trabalho. Disponível em: <<http://www.gradiva.com.br/psieco.htm>>. Acesso em: 08-05-2006, p. 2 e 4; FERREIRA, Vera Rita de Mello. *Psicologia Econômica: história e perspectivas de trabalho*. Disponível em: <<http://www.gradiva.com.br/psieco.htm>>. Acesso em: 08-05-2006; RAAIJ, W. Fred Van. História da Psicologia Econômica. Disponível em: <<http://www.verarita.psc.br/portugues.php?id=fredvanraaij>>. Acesso em: 08-05-2006; CALLIGARIS, Contardo. Raciocínios "Motivados". In: *Jornal Folha de São Paulo – Caderno Folha Ilustrada*, p. E8, 22-02-2007; KILBORN, Jason J. Comportamentos Econômicos, Superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 71-77; MOREIRA, Alice. O que é psicologia econômica. Belém: LAPE. Disponível em: <<http://www.cpgp.ufpa.br/lape/portug/contato.htm>>. Acesso em: 08-05-2006, p. 5; CARPENA, Heloisa. CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, jul.-set., 2005, p. 120; FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento: a outra face do crédito. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24-25.

10 – PEREIRA, Wellerson Miranda. Superendividamento e Crédito ao Consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 160.





A reflexão subjacente e o desafio proposto são os de visualizar a dimensão ontológica do sujeito superendividado e trazer esta realidade ao debate jurídico, abandonando a visão simplista do ser humano como um dos abstratos pólos da relação jurídica ou objeto manipulável pelos interesses econômicos.

Embora o superendividamento se constitua em efeito colateral de nossa economia de mercado, na condição de consequência inerente da conjuntura de uma sociedade de consumo, não se pretende negar os inúmeros fatores positivos do crédito.<sup>11</sup> Como se sabe, as pessoas tomam crédito para terem acesso a produtos e serviços essenciais (ex.: moradia e educação) e que estão fora das suas possibilidades financeiras presentes, razão pela qual empenham suas rendas futuras, financiando a atividade econômica. O problema surge com a potencialização deste sistema (*open credit society*), que passa a ser apresentado pela mídia como algo positivo, ou seja, que a inserção do indivíduo na ciranda creditícia se constitui em um “bom hábito de vida”.<sup>12</sup>

Reconhecendo o crédito como algo positivo – do que se poderia falar em um direito ao acesso ao crédito concedido de forma responsável –, o estudo avalia e trata dos efeitos do processo de sua expansão exacerbada,<sup>13</sup>

11 – DICKERSON, Mechele. *Superendividamento do Consumidor: uma perspectiva norte-americana*. Aula Magna proferida no Seminário Internacional *Repensando o Direito do Consumidor (MJ-PNUD): os desafios atuais no Brasil e nos EUA*. Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, 02-10-2007. O crédito ao consumo é uma atividade legítima nas economias de mercado, estando associado ao desenvolvimento econômico geral e também particular, quando contratado em situações de estabilidade financeira e laboral (FRADE; MAGALHÃES, 2006, p. 25; KILBORN, 2006, p. 68), pois a aquisição de bens duráveis a crédito (ex.: imóveis) se constitui em uma espécie de poupança forçada por via transversa. Embora seja fator de exclusão social, também permite a inclusão de muitos indivíduos, especialmente na aquisição da casa própria e de bens essenciais ao desenvolvimento pessoal do consumidor e de seu conjunto familiar (v. g. crédito educativo), podendo-se falar, inclusive, na existência de uma espécie de direito social ao crédito (LIMA; BERTONCELLO, 2006, p. 193). Sobre esta questão, interessante mencionar que o prêmio Nobel da Paz de 2006 foi concedido ao banqueiro bengalês Muhammad Yunus e ao seu banco, o Grameen, que por intermédio da concessão planejada de microcrédito salvou mais de 12 milhões de pessoas da pobreza em Bangladesh.

12 – COSTA, Geraldo de Faria Martins da. O Direito do Consumidor e a Técnica do Prazo de Reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 258-272, 2002b, p. 260. A economia de mercado detém a natureza de uma economia de endividamento, já que consumo e crédito são as duas faces de uma mesma moeda. MARQUES, 2005b, p. 11.

13 – MARQUES, Claudia Lima. *Dezesseis Anos do Código de Defesa do Consumidor*. Palestra proferida no Meeting Jurídico Federasul, 23-08-2007. O problema do endividamento acompanha o desenvolvimento econômico de nossas sociedades, sendo tão antigo

que implica na democratização de despesas excessivas, as quais não são acompanhadas pelo aumento de rendimentos dos consumidores.<sup>14</sup> A crise de liquidez e de solvabilidade gerada pelo consumismo induzido e inconsciente<sup>15</sup> resulta na exclusão do indivíduo do ambiente familiar, social e de mercado, criando uma nova espécie de morte civil, que é o falecimento do *homo economicus*.<sup>16</sup>

Sendo visível a necessidade de uma política que dê tratamento adequado ao problema econômico em exame, pretende-se transcender a esfera legiferante, propondo-se, provocativamente, que o Poder Judiciário aja na defesa dos consumidores de boa-fé afetados pelo superendividamento.

quanto o próprio direito, tanto que já figurou entre as preocupações do direito romano e do próprio legislador brasileiro, desde o Esboço de Teixeira de Freitas até a edição dos institutos da insolvência civil e da falência comercial (BATTELLO, Silvio Javier. A (In)Justiça dos Endividados Brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211-220; PEREIRA, 2006, p. 161). Ocorre que no final dos anos 70 houve um processo de intensa democratização do crédito nos EUA e Europa, ocasionando uma objetivação do aspecto econômico do consumo, mediante a mitigação do aspecto moral. Jason Kilborn apresenta interessante marco com a decisão de 1978 do caso Marquette National Bank of Minneapolis vs. First Omaha Serv. Corp., no qual a Suprema Corte norte-americana aboliu a regulação do empréstimo ao consumidor (KILBORN, 2006, p. 70-71; PEREIRA, 2006, p. 170).

14 – MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002, p. 7-8.

15 – MARQUES, Claudia Lima. Novos Temas na Teoria dos Contratos: confiança e o conjunto contratual. *Revista da AJURIS*, ano XXXII, n. 100, dez., 2005a, p. 79; EFING, Antônio Carlos. Sistema Financeiro e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, jan.-mar., 1996b, p. 65; EFING, Antônio Carlos. O Dever do Banco Central do Brasil de Controlar a Atividade Bancária e Financeira: aplicando as sanções administrativas previstas no Sistema de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, abr.-jun., 1998, p. 18; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade Civil do Agente Bancário e Financeiro Segundo as Normas do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, abr.-jun., 1996a, p. 105-124. Embora os interesses do credor sejam tratados de maneira subsidiária (COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 251), o combate ao superendividamento não atende apenas aos interesses do devedor, pois o credor também usufrui das vantagens de um contrato reequilibrado, especialmente por meio da maximização da possibilidade de satisfação de seu crédito, o que em muitos casos estaria sensivelmente comprometido com a própria configuração e manutenção do estado de superendividamento. MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56, out.-dez., 2005, p. 42 e 44; LIMA, Clarissa Costa de. A resolução do contrato na nova teoria contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55. São Paulo: RT, jul.-set., 2005, p. 104-105.

16 – MARQUES, 2005b, p. 15. Nesse sentido: AC n. 2003.001.02181/03, Relator Des. Pimentel Marques, 15ª Câmara Cível, TJRJ, julgado em 25-06-2003. A decisão é paradigmática tanto pelo caso concreto que demonstra a voracidade do sistema financeiro e a danosidade da concessão irresponsável do crédito, quanto pela sensibilidade humana do julgador na apreciação do superendividamento e pelo excelente manejo de um sistema jurídico por vezes inhospitaleiro em termos de possibilidades de enfrentamento do problema.

É inequívoco que o mandamento constitucional do art. 5º, inc. XXXII – “o Estado promoverá (...) a defesa do consumidor” – alcança todas as esferas estatais, perpassando as atividades administrativas do Poder Executivo, as atividades legiferantes do Poder Legislativo e, certamente, a atividade jurisdicional do Poder Judiciário que, se não deve por força desta determinação superior julgar procedente qualquer demanda consumerista, tem a obrigação de quantificar as peculiaridades do direito do consumidor na construção do critério decisório (ex.: inversão do ônus da prova, sistema objetivo de responsabilidade civil, etc.), na proteção de um sujeito reconhecido legalmente como vulnerável, ainda mais quando o superendividado se encontra em uma condição de hipervulnerabilidade. Sem atitudes paternalistas,<sup>17</sup> deve ser aceita uma nova ótica sobre confiança e lealdade contratuais e no trato dos indivíduos nas relações sociais, não descuidando da proteção individual e do controle de mercado.

Destaca-se, ainda, que a temática aqui tratada envolve uma situação limite. Se o próprio estudo do direito do consumidor impõe a tutela de um sujeito hipossuficiente, no caso do consumidor superendividado (qualidade especial ao conceito de consumidor) se está perante uma pessoa excluída socialmente (muitas vezes do próprio seio familiar) e desprovida dos meios de garantecer o mínimo existencial para a manutenção de sua dignidade como ser humano. É este indivíduo e suas circunstâncias que dão margem e iluminam este estudo.

## I – Delineamentos sobre o superendividamento

Este ensaio, não apenas pelos seus estreitos limites, mas principalmente por enfocar as novas perspectivas de tratamento do superendividamento, exige a pré-compreensão de parte do referencial teórico que conforma o tema em exame. Contudo, seja por respeito ao leitor, seja pela polissemia

17 – BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 50, 2004, p. 49.

teórica envolvida, o artigo não poderia se furtar em adentrar em alguns aspectos teóricos, principalmente no que tange ao conceito de superendividamento e as circunstancialidades do perfil do superendividado e de suas pretensões.

### A. Conceito de superendividamento de pessoas físicas

Como não existe lei definindo o instituto e seus limites, o conceito de superendividamento atende as especificidades de cada sistema legal,<sup>18</sup> sendo a partir destas premissas que se extraem os requisitos para sua configuração e o permissivo para que o operador adote uma série de medidas tutelares. Partindo dos excertos doutrinários e da experiência legal francesa, o superendividamento pode ser definido como sendo a impossibilidade manifesta, durável e estrutural do consumidor de boa-fé adimplir o conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer (excluindo as alimentícias, delituais e fiscais), considerando o montante do seu débito em relação à sua renda e patrimônio pessoais.<sup>19</sup> Deste conceito podem-se derivar

18 – Inúmeros países já possuem legislação específica sobre o superendividamento ou estão em vias de elaboração: França, EUA, Inglaterra, Canadá, Alemanha, Áustria, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Bélgica, Luxemburgo e Portugal. MARQUES, 2005, p. 15-17; PAISANT, Gilles. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francés. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, abr.-jun., 2002, p. 25-26; MARQUES; NEVES; FRADE; LOPES, 1996, p. 60-61; LIMA, Clarissa Costa de. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. Tratamento do Crédito ao Consumo na América Latina e Superendividamento. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 191-210, 2006, p. 203; BERTONCELLO; LIMA, 2007, p. 180.

19 – MARQUES; NEVES; FRADE; MARQUES, 2005b, p. 12 e 50; PAISANT, 2002, p. 13-15; PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa à Luta contra as Exclusões. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, jul./set., 2005b, p. 230. MARQUES; CAVALLAZZI, 2006, p. 14. O superendividamento não se confunde com a simples insolvência civil (art. 748 e seguintes do CPC), a qual se mostra insuficiente para abranger a totalidade do fenômeno aqui delineado (BERTONCELLO; LIMA, 2007, p. 181). Quando da aplicação deste instituto não há uma investigação das causas pessoais e sociais que conduziram o indivíduo à bancarrota, nem um eficaz instrumental que permita a formulação de um esquema de renegociação dos débitos. A insolvência civil não passa de uma execução coletiva, sem atentar para os fatos da vida do consumidor e sem permitir uma atitude diferenciada do operador quando o superendividamento tiver como causa a atitude de boa ou má-fé por parte do devedor (LOPES, 1996, p. 62). Ademais, é fato notório a inaplicabilidade prática do instituto em nosso sistema socioeconômico e jurídico (LOPES, José Reinaldo de Lima. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 8-9).





os requisitos possíveis de serem divididos em duas grandes categorias.<sup>20</sup>

Enfocando as condições relativas à pessoa do devedor, há duas exigências que merecem consideração. A primeira é a de que o consumidor superendividado seja pessoa física, o que exclui da configuração as pessoas jurídicas, restringindo o conceito do art. 2º do CDC, tanto pelo caráter profissional de suas atividades (mesmo que estas possam adquirir produtos e serviços como consumidoras), quanto para evitar a concorrência de procedimentos concursais estabelecidos em lei (v. g. falência e recuperação judicial).<sup>21</sup>

Ademais, subsiste a necessidade de que o consumidor esteja agindo de boa-fé, cuja presunção de conduta somente poderia ser elidida por elementos concretos dentre aqueles submetidos à apreciação do operador.<sup>22</sup> A título exemplificativo, e apontando elementos do direito comparado, a lei francesa prevê três condutas concretas do devedor que denotam sua má-fé e impedem a utilização do procedimento legal: (1) prestar declarações falsas para se aproveitar dos benefícios do procedimento; (2) ocultar ou intenta ocultar seus ativos, no todo ou em parte; (3) agravar sua situação de superendividamento durante o procedimento sem autorização.

Sobre o tema, Karen Danilevitz Bertoncello, seguindo a trilha de Béatrice Jaluzot, entende que “o julgador observará, em visão conjunta, os elementos objetivos e subjetivos, com o fito de delimitar o conteúdo da boa-fé do devedor”.<sup>23</sup> Nesta análise concreta o exame diz com a boa-fé contratual (demandando a análise do comportamento do consumidor no momento em que firmou os contratos que deram origem às dívidas), e não processual (verificação do comportamento na oportunidade em que ingressa com a demanda).<sup>24</sup>

Já enfocando o prisma do fenômeno, deve haver uma manifesta incapacidade do devedor pagar suas dívidas. Para a configura-

ção do valor devido consideram-se os débitos vencidos e vincendos, essenciais ou não (créditos consignados, contratos de crédito, contratos de prestação de serviços, etc.), inexistindo qualquer limitação acerca do valor dos débitos. O que importa é a consideração do montante do débito em relação à renda e ao patrimônio pessoais do consumidor.<sup>25</sup>

Contudo, importante frisar que na análise do passivo somente cabe o cômputo das dívidas não profissionais. Assim, restam excluídas da verificação os débitos alimentares, fiscais e decorrentes de indenização por ilícitos civis ou penais.

## B. Espécies de superendividamento e perfil da pretensão do superendividado

Feitas as considerações do tópico precedente, cabe adentrar objetivamente nas espécies de superendividamento e no perfil da pretensão do consumidor superendividado.<sup>26</sup>

O chamado *superendividamento ativo* ocorre quando o devedor contribui ativamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, gênero que se subdivide em duas espécies. O *deliberado, consciente ou de má-fé*, ocorre quando o devedor, de forma dolosa, aproveita todas as oportunidades para consumir além de suas potencialidades, sem se preocupar com os encargos do pagamento. Já o *não deliberado, inconsciente ou de boa-fé*,<sup>27</sup> se verifica quando o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade,<sup>28</sup> na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológi-

25 – CARPENA; CAVALLAZZI, 2005, p. 135.

26 – Gilles Paisant destaca a diversificação do fenômeno e a dificuldade de se traçar um perfil do superendividado, pois o enquadramento não está atrelado ao valor do passivo, dos créditos ou às qualidades intrínsecas do sujeito (v. g. profissão e estado civil) (PAISANT, 2002, p. 9), embora seja possível traçar as feições usuais do superendividado em determinado momento e região.

27 – A análise se dará sob a ótica do modelo europeu, que nas palavras de Claudia Lima Marques “é importante, uma vez que acompanhando a objetivação das condutas tenta fugir da idéia de culpa subjetiva contratual do consumidor endividado, e tende a superar a diferença entre fatos objetivos e subjetivos supervenientes, preferindo analisar o inadimplemento global do consumidor de boa-fé ou o superendividamento como sendo ‘ativo’ ou ‘passivo’”. MARQUES, 2005b, p. 13.

28 – MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002, p. 297.

ca e socialmente) se impõe.<sup>29</sup> Nesse contexto, a configuração da má-fé não surge com a simples contribuição ativa do consumidor para a sua situação de superendividamento, sendo necessário verificar a vontade objetivada do agente.

Já o *superendividamento passivo* ocorre quando há a diminuição significativa dos recursos do consumidor devido aos *acidentes da vida* – circunstâncias imprevisíveis como desemprego, doença, morte, divórcio, etc.<sup>30</sup> – ou quando os credores rompem com a justa expectativa do devedor e cometem atos ilícitos na busca por uma maior lucratividade (v. g. cláusulas abusivas e abuso de direito).<sup>31</sup>

Elencadas as espécies, importante verificar o perfil do superendividamento, pois a práxis jurídica nos demonstra que – talvez devido a nossa matriz sociocultural – subsiste o pré-conceito de que o consumidor superendividado que busca o Poder Judiciário é ao menos culpado pela sua situação, senão quando se considera (em perspectivas mais radicais) que o endividado é um sujeito de má-fé, adjetivado muitas vezes como “caloteiro” e “criminoso”.

Ocorre que diferentemente do que poderíamos pensar, o superendividamento passivo varia de 80 a 84,5% dos casos no Rio Grande do Sul,<sup>32</sup> e configura 73% dos casos no Rio de Janeiro.<sup>33</sup> Esses percentuais não diferem muito da realidade Latino Americana,<sup>34</sup> portuguesa<sup>35</sup> e norte-americana.<sup>36</sup>

As pesquisas desenvolvidas para a análise do superendividamento convergem no

29 – OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, jul.-set. 2005, p. 170.

30 – MARQUES; NEVES; FRADE; COSTA, 2002a, p. 109.

31 – CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira Análise do Sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, jan.-mar., 2000, p. 131.

32 – BERTONCELLO; LIMA, 2007, p. 197; CONSALTER, Rafaela. *O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <[http://www.adpergs.org.br/restrito/arq\\_artigos30.pdf](http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf)>. Acesso em: 09-05-2006b, p. 6.

33 – CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Perfil do Superendividamento: referências no Brasil. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 390.

34 – LIMA; BERTONCELLO, 2006, p. 204.

35 – MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002; Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra: *Endividamento e Sobreendividamento das Famílias: Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação e O Sobreendividamento em Portugal*.

36 – DICKERSON, 2007.

sentido de que é o superendividamento passivo – aquele em que o consumidor em nada contribui para a configuração do seu endividamento excessivo, o qual deriva de uma álea da vida – a espécie que ocasiona o maior número de casos de endividamento excessivo. Desta feita, enquanto o nosso pré-conceito social crava a pecha de culpa no consumidor superendividado, a realidade socioeconômica indica indelevelmente que a imensa maioria dos casos se trata de um problema externo ao agir do sujeito (desemprego, doença, morte, divórcio, etc.) que gera a situação limite de endividamento excessivo. Segundo os mesmos dados estatísticos, o superendividado ativo de má-fé representa de 2 a 4% dos casos de endividamento excessivo. Assim, nosso imaginário, imerso em um mar de ignorância, faz da franca exceção a regra geral, prejudicando em muito o tratamento das pessoas que se encontram nesta situação limite.

É em razão deste cenário que a questão ganha enorme relevância para o sistema de justiça. Ocorre que a parcela social atendida pela Defensoria Pública representa um grupo de endividados desfavorecidos, em que os parâmetros de vulnerabilidade e de hipossuficiência restam enormemente potencializados, alcançando o que chamamos de hipervulnerabilidade, principalmente no que respeita à configuração do supramencionado superendividamento passivo.

A Instituição atende pelo Brasil afora milhares de consumidores que são devedores com altíssimo risco de superendividamento, pois (i) vivem no limiar da pobreza, (ii) não possuem nenhuma expectativa de aumento de rendimento pessoal e familiar e (iii) possuem altíssima probabilidade de serem acometidos por gravames de eventos extraordinários.<sup>37</sup>

37 – Maria Manuel Leitão Marques oferece interessante proposição de modelos possíveis de endividamento e sua influência na configuração do superendividamento: (1) endividamento imobiliário: devedor possui apenas um crédito para financiamento da habitação própria, o qual geralmente está em consonância com os seus níveis de rendimento (embora possa dizer com parcela considerável deste), possuindo baixa probabilidade de acarretar superendividamento, pois a tomada de crédito é antecedida de planejamento e da formação de uma poupança familiar; (2) endividamento creditício: devedor contrai financiamentos para a compra de produtos e serviços (essenciais ou não) à sua subsistência, possuindo considerável risco de gerar superendividamento quando o consumo passa a extrapolar, sistematicamente, os níveis de





O assistido da Defensoria Pública não possui, financeiramente, nenhuma “gordura para queimar”, sendo que qualquer evento (v. g. desemprego, doença, divórcio) – que para as classes mais abastadas economicamente já importaria em sérias dificuldades financeiras, impactando a possibilidade de adimplemento – torna-se verdadeiramente devastador. Para as classes mais pobres, qualquer alteração de rendimento é suscetível de colocar os esforços para pagamento das dívidas em patamares acima dos suportáveis.

E outra quebra de paradigma de nosso ideário merece ser posta: quiçá o entendimento majoritário reflete o equivocado entendimento de que os assistidos que procuram a Defensoria Pública tragam a pretensão de meramente proteger o pagamento de suas dívidas. Como testemunho do autor deste ensaio, que atua desde 2008 diretamente na proteção do consumidor,<sup>38</sup> os assistidos que procuram a Instituição não buscam sustentáculo jurídico para a inadimplência, mas anseiam pela possibilidade de uma renegociação de suas dívidas, a fim de que consigam arcar com todas as suas obrigações.

Primeiramente, cumpre reconhecer que a pretensão de buscar a renegociação, e não questionar os parâmetros contratuais por meio de uma revisional, está consoante com o atual contexto socioeconômico, no qual se verifica um cenário de estabilidade econômica e de baixa das taxas gerais dos juros.<sup>39</sup> Ademais, esta conduta dos consumidores demonstra

rendimento e a tomada de crédito se converte em um “modo de vida” ou em um “recuso de fim de mês”; (3) multiendividamento: devedor possui mais de uma dívida, acumulando créditos de habitação com créditos ao consumo, possuindo grande probabilidade de acarretar o superendividamento, por aliar o invariável comprometimento de renda do crédito habitacional com a possibilidade de descontrole do crédito de consumo propriamente dito; (4) grupo de endividados desfavorecidos: devedores que vivem no limiar da pobreza, sem expectativa de aumento de rendimento e com alta probabilidade de serem acometidos por gravames de eventos extraordinários, com altíssimo risco de superendividamento, pois qualquer alteração de rendimento é suscetível de colocar os esforços para pagamento das dívidas em patamares acima dos suportáveis. Estes últimos são os atendidos diuturnamente pela Defensoria Pública. MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002, p. 154.

38 – Especialmente como membro e dirigente do Núcleo de Defesa do Consumidor e de Tutelas Coletivas (NUDECNTU).

39 – Não obstante se reconheça a baixa das taxas gerais dos juros, deve-se fazer duas considerações. A primeira de que algumas financeiras (geralmente de menor porte) continuam praticando taxas espoliativas e condutas abusivas (concessão irresponsável do crédito). Ademais, em alguns segmentos as taxas continuam sendo praticadas em patamares insustentáveis, como ocorre no caso dos cartões de crédito.

a sua boa-fé, pois seria muito confortável a estes se manterem inertes à espera do prazo prescricional, considerando que a imensa maioria dos assistidos não possuem patrimônio penhorável e já contam com inscrições anteriores em órgãos de restrição creditícia.

E qual o papel da Defensoria Pública, enquanto instituição de Estado essencial à função jurisdicional, em um cenário no qual os instrumentos jurídicos existentes não tutelam adequadamente o anseio dos assistidos de buscar uma possibilidade de pagamento?<sup>40</sup> Ao menos quatro vertentes merecem consideração.

Primeiro, em termos de atuação institucional, privilegia-se os métodos de composição extrajudicial, relativas à negociação direta, ao trabalho em rede com os Procons, aos projetos de renegociação com instituições financeiras e à atuação no projeto do superendividamento do Poder Judiciário gaúcho.<sup>41</sup> Para além do imperativo legal (art. 4º, inc. II, da LC n. 80/94), esta forma de atuação visa a desafogar as já combatidas estruturas de Estado, principalmente no que respeita ao ingresso de novas demandas judiciais.

E quando falham as tentativas de solução extrajudicial dos litígios, levando em

40 – Pelo atual entendimento jurisprudencial, as ações revisionais não mais encontram eco nos Tribunais brasileiros, tendo em vista o atual cenário de estabilidade econômica e a baixa das taxas gerais dos juros. Assim, muitas vezes o provimento da revisional, que venha a ser cassado posteriormente, pode acabar prejudicando a parte assistida, colocando-a em uma situação econômica ainda pior do que quando ingressou em juízo, tendo em vista a incidência dos encargos moratórios.

41 – Em breve síntese, este é o procedimento adotado no Projeto do Superendividamento do Poder Judiciário gaúcho, já replicado com enorme sucesso em outros Estados da Federação: (1) preenchimento de formulário-padrão (informações prestadas pelo consumidor); (2) marcação de audiência de renegociação no momento do preenchimento do formulário-padrão; (3) remessa de carta-convite padrão aos credores; (4) Audiência de Renegociação, que se trata de uma sessão coletiva com a possibilidade de sessões individuais. Havendo êxito na renegociação, é homologado acordo com a baixa dos processos ajuizados (ex.: revisionais, insolvências), e com o insucesso resta ao superendividado procurar as vias ordinárias. Se o sucesso nas renegociações ultrapassa 80%, o que passa pelo reconhecimento de uma política de determinadas instituições financeiras voltada à renegociação, deve-se destacar que determinados credores sequer comparecem às audiências quando convidados, o que inexplicavelmente ocorre com os bancos públicos. Esta ausência de cooperação ocorre também com as pequenas financeiras (nas quais as taxas aplicadas são mais exorbitantes e se verificam piores índices de concessão responsável do crédito) e com credores que possuem garantias (emprestimos consignados e descontos em contas-correntes). Salvo melhor juízo, sob o aspecto da socialidade e da eticidade que regem atualmente o Direito Privado (MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001), esta é uma conduta que merece reprimenda, inclusive sob o prisma do abuso de direito (art. 187 do CC) e dos demais parâmetros que serão discutidos neste ensaio.

consideração o comprometimento público que os Defensores possuem, compete à Defensoria Pública fazer o crivo da espécie de superendividado atendido, desincentivando a busca pela inadimplência naquela minoria de superendividados ativos de má-fé que procuram a instituição, negando o ajuizamento de ação nestas condições.

No que se refere à acolhida dos mais de 90% de superendividados de boa-fé,<sup>42</sup> compete à Instituição ressaltar aspectos de ética e de redução, comprometendo o consumidor em um plano voltado ao adimplemento. Contudo, em face da já noticiada inexistência de institutos jurídicos que tutelam a situação limite do superendividamento, compete à Instituição propor uma evolução do Direito, buscando novas soluções jurídicas voltadas à imposição de um dever de renegociar,<sup>43</sup> o que se passa a enfrentar na segunda parte deste ensaio.

42 – Considerando a soma dos superendividados ativos de boa-fé e os superendividados passivos.

43 – Embora a questão extrapole os estreitos limites deste ensaio, cumpre delinear os sistemas de abordagem do fenômeno. Nos países anglo-saxônicos da *common law*, de ínole protestante, prevalece o chamado *fresh start policy*, que considera o endividamento crônico como um risco associado à expansão do mercado financeiro, ou seja, como um mal necessário da sociedade de consumo (PEREIRA, 2006, p. 173). Assim, aposta na socialização do problema, adotando uma responsabilidade limitada para o consumidor, que tem suas dívidas perdoadas após a liquidação de seus bens, para que retorne livre ao mercado para consumir (pagamento das dívidas com o patrimônio atual, sem endividamento futuro), embora as possibilidades de perdão tenham sido reduzidas com as recentes reformas da legislação de regência. As influências deste modelo são: (1) dogmas protestantes; (2) acesso generalizado ao crédito (*open credit society*); (3) sociedade de imigrantes (que possuem a ideia do “começar de novo”, sem que as falências sejam estigmatizadas); (4) filosofia individualista do *self-made man*; (5) menor intervenção do Estado Social; (6) visão do consumidor como agente econômico que deve ser rapidamente reintegrado ao mercado; (7) superendividamento como consequência natural e calculada pelos credores (MARQUES, 2005, p. 43 e MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002, p. 214-215). Na família *romântico-germânica*, de viés católico, predomina o modelo europeu continental da *reeducação*, que tem a visão do superendividamento como uma falha do consumidor que, sendo também vítima do sistema, necessita ser instruído. Este regime impõe a administração do endividamento de maneira global, renegociando as dívidas e os encargos, perdoando os créditos apenas em última instância (pagamento das dívidas com o patrimônio atual e futuro, com consequente endividamento) (MARQUES, 2005b, p. 43 e MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002, p. 216-217). A vantagem do primeiro modelo é permitir ao devedor reiniciar sua vida sem encargos do passado; a do segundo, responsabilizá-lo pelos compromissos assumidos, potencializando a prevenção. A desvantagem da primeira abordagem está em conceder perdão a devedores que poderiam pagar parte de suas dívidas (KILBORN, 2006, p. 85); a da segunda em não se adequar a muitos casos de superendividamento. Contudo, se na prática os modelos tendem a se misturar (MARQUES; NEVES; FRADE; LOBO, 2002, p. 304; KILBORN, 2006, p. 87), a doutrina tem entendido pela necessidade de adoção de um modelo próprio no Brasil, sem as importações desmedidas que tanto atrapalham a tarefa do direito enquanto sistema normativo de regulamentação social. Nesse sentido, as propostas de alteração do CDC e os reiterados trabalhos (acadêmicos e jurisdicionais) das Juízas Clarissa Costa de Lima e Káren Rick Danilevitz Bertoncello.

## II–A imposição judicial da renegociação e da cooperação contratual como forma de evitar a ruína do consumidor superendividado

Em um cenário árido, no qual juridicamente inexistem instrumentos adequados ao tratamento do superendividamento, e em que socialmente a situação do endividamento excessivo é vista por uma lente obscurecida devido a uma série de preconceitos, este ensaio busca trazer à tona do debate jurídico uma possível solução, a qual diz com a possibilidade de imposição judicial da renegociação e da cooperação voltada a evitar a ruína do consumidor superendividado.

Levando em consideração o fato de que as opções jurídicas dependem de elementos técnicos, mas também de opções éticas do operador jurídico, na falta de lei específica este ensaio procura apresentar e sistematizar os critérios decisórios que com absoluta segurança permitem a imposição judicial da renegociação, permitindo que os profissionais do Direito façam com tranquilidade jurídica a escolha por “estender a mão” a um sujeito em condição de hipervulnerabilidade.

Importante salientar que esta escolha – humanista e ética antes de jurídica, repita-se – atende ao interesse de todos os sujeitos envolvidos. O consumidor endividado e a sua família têm a sua situação econômica equacionada, livrando-os da situação de escravização à relação contratual e permitindo o acesso ao mínimo existencial, referente a bens sociais como alimentação, moradia, saúde, educação, lazer, etc. Já o credor vê as chances de adimplemento enormemente maximizadas, especialmente no que se refere a uma parcela que não possui patrimônio penhorável. Por fim, a sociedade alcança não apenas a baixa das taxas de inadimplemento (nas quais suas consequências seriam inequivocamente socializadas), mas principalmente a estabilização de sua célula *mater*, que é a família. O tratamento do superendividamento evita as consequências inexoráveis do fenômeno, que são a desestruturação da família, a baixa dos níveis de educação e saúde de seus membros e o aumento da criminalidade adulta e infantil.





Antes do desenvolvimento deste tópico, cabe salientar a sua perspectiva metodológica, em ao menos três momentos. Primeiro, aqui é utilizada a teoria sistemática,<sup>44</sup> pela qual se alcança a inseparabilidade das normas, em uma verdadeira coordenação das fontes normativas de nosso sistema jurídico.<sup>45</sup>

44 – Embora historicamente a noção de sistema remeta às ideias de conjunto, ordem, coerência e unidade (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40), estas são as principais características do pensamento sistemático: (1) compreensão do objeto (ordenamento, contrato ou rede) na sua real condição de *totalidade axiológica*, vislumbrando o que se pode denominar de *inseparabilidade das normas* (solução interpretativa buscada na complexa inter-relação que os textos guardam uns com os outros); (2) existência de uma *unidade interna* (relação de todos os elementos constitutivos do sistema com o seu núcleo fundamental, permitindo reconhecer o objeto como algo coeso do ponto de vista do sentido); (3) verificação de uma *ordem hierárquica interna*, com o reconhecimento da supremacia de certos textos normativos (ex.: Constituição); (4) reconhecimento de uma *ordenação axiológica ou teleológica interna*, pois o direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas; (5) apreensão da (relativa) *abertura do sistema* (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 20, 531, 579 e 592; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1989, p. 12, 156; BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 19-21, 49; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63; MARTINS-COSTA, 2000, p. 41, 43 e 220). É característica do chamado pensamento sistemático a compreensão do sistema jurídico na sua real condição de *totalidade axiológica*, donde se subsume que a interpretação não pode recair na mera análise isolada das normas, mas deve, antes, buscar a melhor solução interpretativa na complexa inter-relação que os textos positivos guardam uns com os outros (LARENZ, 1989, p. 531; CANARIS, 1989, p. 156; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 19-21 e MARTINS-COSTA, 2000, p. 41). Tamanha é a importância da unidade para o pensamento científico que Miguel Reale chega a referir que “não existe ciência sem certa unidade sistemática, isto é, sem entrosamento lógico entre as suas partes componentes. O direito, por exemplo, como experiência humana, como fato social, (...) passou a ser objeto de ciência tão-somente (...) quando adquiriu unidade sistemática” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63). Norberto Bobbio refere que “a complexidade do ordenamento (...) não exclui sua unidade. Não poderíamos falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário.” (BOBBIO, 1997, p. 48). É a ideia de sistema que permite reconhecer o ordenamento como algo coeso do ponto de vista do sentido (LARENZ, 1989, p. 20 e FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 154). Sob outro prisma, aduz Judith Martins-Costa que “a noção de sistema implica também a de unidade (...) a qual pode ser vista, sob o aspecto negativo, pelo viés da não-identidade ou diferenciação com o que está fora do conjunto, os elementos externos, circundantes do sistema” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 41).

45 – A necessidade de conjugação das fontes normativas é inequívoca, tanto que Juarez Freitas chega a afirmar que “a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação” (FREITAS, 2002, p. 174). Sobre o tema, sustenta Claudia Lima Marques que no contexto da pós-modernidade se busca a harmonia, a coordenação e a coerência das normas no sistema jurídico, na busca de uma eficiência não somente hierárquica, mas também funcional (substituição da superação pela convivência de paradigmas), afastando-se do pensamento moderno que concebia o processo hermenêutico com as figuras da “tese” (lei antiga), “antítese” (lei nova) e “síntese” (revogação). Assim, o *diálogo das fontes (dialog der quellen ou dialogue de sources)* concebe que as normas possuem influências recíprocas, sendo possível a aplicação conjunta das mesmas ao mesmo caso concreto, seja de forma complementar ou subsidiária. Concebendo o CDC como lei especial e hierarquicamente superior em relação ao CC/02, em face do mandamento constitucional

Para além dessa opção, comprehende-se o direito como essencialmente valorativo, pois este não se resume em seu produto que é a norma jurídica, uma vez que esta é sempre produto da valoração de fatos concretos.<sup>46</sup> Ademais, comprehende-se o caráter criativo, construtivo e produtivo da atividade hermenêutica,<sup>47</sup> entendendo-se que o operador jurídico – mormente o Juiz no ato de decidir – é autor, e não apenas ator do *Nomos Jurídico*, pois como acertadamente afirma Miguel Reale, a relevância hermenêutica não está na norma, mas na *situação normada*.<sup>48</sup>

Para não transparecer que se está tentando “inventar a roda”, salienta-se que aqui se está a construir a imposição de um dever de renegociar, quando a jurisprudência já vem reconhecendo algo que pode ser considerado ainda mais “gravoso”, que é a possibilidade da ruptura do contrato

do art. 5º, XXXII, a doutrinadora concebe três tipos de diálogos possíveis entre os diplomas: *diálogo sistemático de coerência*, *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* e *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*. MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2003, p. 72-79 e 84-85; JAYME, Eric. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 59-68, mar., 2003, p. 62; JAYME, Eric. Identité culturelle et intégration le droit internationale privé postmoderne. In: *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, v. 2. Haye, 1995.

46 – Conforme desvela Miguel Reale, em sua conhecida Teoria Tridimensional do Direito, este comprehende o fato, o valor e a norma (em uma circularidade perene), compreendendo ainda as perspectivas éticas, lógicas e histórico-culturais da sociedade regulada. Nesse sentido: REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999; REALE, 2002; REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968.

47 – A doutrina endossa a natureza da hermenêutica como sendo um processo sempre criativo, construtivo e produtivo, nunca reprodutivo, receptivo ou declaratório. O texto não tem um significado independente do evento que é compreendê-lo (LARENZ, 1989, p. 489-490), nem a compreensão é independente das circunstâncias concretas da vida (FERRARA, 1987, p. 169). Nesse sentido: LARENZ, 1989, p. 296 e 444-445; REALE, 1999, p. 194 e 197-198; GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 61; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 30; VIOLA, ZACCARIA, 1999, p. 126-128, 133, 138 e 190; ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di Interpretazione*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996, p. 145-147; GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 193; LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 195.

48 – REALE, Miguel. *Teoria e Prática do Direito: concubinato e sociedade concubinária*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 54, 165, 175 e 201; REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 112; REALE, 1999, p. 54, 60 e 114; REALE, 2002, p. 301.

em face da impossibilidade econômica da parte (subjetiva),<sup>49</sup> mormente nos casos de promessa de compra e venda de imóveis. Cabe frisar passagem do voto do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior no REsp n. 109.331<sup>50</sup>:

"O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a juízo para provocar a extinção do contrato. Aceita essa premissa, a jurisprudência tem reconhecido como fato suficiente para a resolução a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do devedor e o impedem de continuar cumprindo o contrato. Nessa circunstância, pode o devedor tomar a iniciativa da propositura da ação de rescisão".

No mesmo sentido: REsp n. 200.019, EDiv no REsp n. 59.870, AC n. 70014171185 (TJRS), AC n. 70002484178 (TJRS), AC n. 70001124114 (TJRS), AC n. 2.0000.00.434734-4/000(1) (TJMG), AC n. 2003.009940-9 (TJMS).<sup>51</sup>

49 – Salienta Ruy Rosado que a simples dificuldade econômica da parte não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade. Contudo, ainda refere o doutrinador que “a impossibilidade relativa não se confunde com a simples dificuldade econômica enfrentada pelo devedor para cumprir sua obrigação. A teoria do limite do sacrifício não tem acolhida” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 99-100). Merece destaque a lição de Von Tuhr: “As prestações pessoais se reputam impossíveis quando levam um risco à vida ou à saúde do devedor, risco que excede ao grau a que obriga seu posto ou sua profissão, ou quando o devedor se vê impedido de realizar a prestação por um imperativo de humanidade. (...) Quando o esforço e o desembolso exigíveis para cumprir a obrigação não guardam proporção razoável com o valor desta, a prestação se estima inexistível e o devedor fica isento de sua obrigação do mesmo modo como se for um caso de impossibilidade” (VON TUHR, 1934, p. 81-82, apud AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 100). No mesmo sentido o entendimento de Clóvis do Couto e Silva: “Ainda que se trate de insolvência, desde que esta não tenha ocorrido por circunstância imputável ao devedor (culpa), não está ele em mora e, portanto, não responde. Essa afirmação outra coisa não significa senão a equiparação da impossibilidade relativa superveniente à absoluta. É que o art. 963 (atual art. 396, do CC/2002) cobre toda a área da mora, todas as hipóteses de retardamento da prestação. Por este motivo, deve-se admitir que desse princípio decorra a equiparação da insolvência (impossibilidade relativa posterior) à absoluta” (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 123-124).

50 – REsp n. 109.331-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 4ª T., STJ, j. 24-02-1997, DJ, 31-03-1997, p. 9.638, e JBCC, v. 181, p. 96.

51 – REsp n. 200.019-SP, Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., STJ, DJ, 27-08-2001, p. 326; EDiv no REsp n. 59.870-SP, Min. Barros Monteiro, 2ª Seção, STJ, j. 10-04-2002, DJ, 09-12-2002, p. 281, e na RSTJ, v. 171,

Passando ao exame dos critérios decisórios que amparam a imposição judicial do dever de renegociação, superando-se a determinação dos arts. 313 e 314 do CC,<sup>52</sup> salienta-se que todos os fatores teóricos de imputação da readequação estão lastreados no ordenamento jurídico, em consonância com uma interpretação sistemático-construtiva de suas normas.

## A. Dignidade da pessoa humana e garantia do mínimo existencial

No presente capítulo vai se desenvolver a ideia de que o dever de renegociação é alcançado por meio dos seguintes preceitos constitucionalmente assegurados: a dignidade da pessoa humana – ou o direito ao desenvolvimento humano – e a garantia do mínimo existencial, o que diz com a tutela jurídica do patrimônio mínimo.

p. 206; AC n. 70014171185, Des. José Aquino Flôres de Camargo, 20ª Câmara Cível, TJRS, j. 22-02-2006; AC n. 70002484178, Rela. Desa. Elaine Harzheim Macedo, 17ª Câmara Cível, TJRS, j. 08-05-2001; AC n. 70001124114, Rel. Des. Rubem Duarte, 20ª Câmara Cível, TJRS, j. 08-08-2001; AC n. 2.0000.00.434734-4/000(1), Des. Pedro Bernardes, TJMG, DO 23-10-2004; AC n. 2003.009940-9, 4ª T., TJMS, DO 04-03-2004. Outros julgados vão além, elencando a ruptura do contrato por impossibilidade material como sendo hipótese de resilição, cujo enquadramento pressupõe diversas consequências, dentre as quais destaca-se a potestatividade da pretensão do devedor. Nesse sentido: REsp n. 723.034, REsp n. 317.940 e EDiv no REsp n. 59.870. Inúmeros são os precedentes garantindo o direito do comprador, que sofre a impossibilidade material, promover ação visando a receber a restituição das importâncias pagas. Nesse sentido: REsp n. 132.903-SP; REsp n. 109.960-RS; REsp n. 79.489-DF; AC n. 70009681313 (TJRS) e AC n. 599452125 (TJRS). Em termos de excertos jurisprudenciais estrangeiros, Joaquim de Souza Ribeiro apresenta interessante julgado do *Bundesverfassungsgericht*, que também moldou a jurisprudência da corte constitucional alemã (MARQUES, 2005, p. 33-34 e MARQUES, 2005, p. 75-76): “(discutia-se a) validade da fiança prestada por uma filha de 21 anos, para garantia de uma dívida de 100000 DM, contraída pelo seu pai junto a uma instituição bancária. A fiadora não possuía patrimônio próprio de relevo, nem qualquer grau acadêmico ou preparação profissional, auferindo, como operária, o salário mensal de 1150 DM. A sua queixa teve sucesso, entendendo o *Bundesverfassungsgericht* que os tribunais ordinários, ao admitirem a eficácia da fiança, tinham violado o art. 2.º, I, da *Grundgesetz*, norma que consagra aquele direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Esse direito da fiadora era coartado pela execitoriedade de um encargo de tal monta e tão desproporcionado dos seus rendimentos que importaria a sua asfixia econômica para toda a vida. Na sua fundamentação, o Tribunal fixa como pressupostos de uma intervenção correctora, através, designadamente, da determinação da ineficácia do acto, a constatação de consequências vinculativas invulgamente onerosas para uma das partes, em resultado de sua inferioridade estrutural” (V. Juristenzeitung, 1994, 408 e s., apud RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *A Constitucionalização do Direito Civil. In: Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXIV, p. 729-755, 1998, p. 749-750).

52 – Representativos do entendimento da aplicação da regra do art. 314 como obstativa ao dever de renegociar, os seguintes julgados do TJRS: AC n. 70041042755, AC n. 70033945395 e AC n. 70040211666.





O combate ao fenômeno do superendividamento depende necessariamente da garantia ao devedor de um mínimo vital (*reste à vivre*),<sup>53</sup> determinando que parte dos recursos do devedor não pode ser afetada ao pagamento dos credores. Isso visa a garantir a conservação de recursos mínimos para a manutenção de necessidades pessoais e familiares.

Positivamente,<sup>54</sup> a garantia do mínimo existencial está vinculada: (i) à cláusula do Estado Social de Direito,<sup>55</sup> que consagra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), (ii) aos objetivos fundamentais da República, que dentre outros são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, incs. I e III, da CF/88), bem como (iii) ao respeito aos demais direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.<sup>56</sup>

53 – Tamanha é a importância da preservação de um mínimo existencial que todos os procedimentos legais específicos – e o procedimento francês é exemplo paradigmático – adotam esta garantia. Os patamares mínimos de recursos a ficarem disponibilizados estão delineados na lei francesa: não podem ser inferiores a parte não penhorável do salário (estabelecida no Código do Trabalho Francês) e ao recurso mínimo de inserção (*revenu minimum d'insertion*, que é de aproximadamente 2.700 FF ao mês). Contudo, o montante líquido somente é estabelecido após o parecer da Comissão responsável pelo procedimento, por meio do agente que detém experiência na área de economia social e familiar. PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56, out.-dez., 2005a, p. 224; BERTONCELLO; LIMA. 2007, p. 192.

54 – Se na Constituição Federal inexiste dispositivo expresso acerca do mínimo existencial, em um escorço histórico, interessante frisar a redação do art. 15, § 1º, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “Art 15. – Compete à União decretar impostos sobre: (...) § 1º. São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.” O Projeto de Lei n. 283/2012, que disciplina a oferta de crédito ao consumidor, determina a preservação do mínimo existencial, em seu art. 52-A: “Art. 52-A. Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta corrente, consignação em folha de pagamento ou qualquer outro modo que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração líquida, preservado o mínimo existencial”.

55 – SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Galdino; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602, p. 566.

56 – TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29-30. A própria instituição do salário-mínimo como direito de todos trabalhadores (art. 7º, IV, da CF/88) revela o compromisso constitucional com a satisfação das necessidades humanas fundamentais, cabendo citar ainda a instauração do regime da assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública pelos arts. 5º, LXXIV, e 134, em clara adoção ao conceito de vulnerabilidade

No plano internacional, importante citar o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948:

Artigo XXV. 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viudez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.<sup>57</sup>

Ricardo Lobo Torres entende que, embora o mínimo necessário à existência careça de conteúdo específico,<sup>58</sup> se deve reconhecer

organizacional ou hipervulnerabilidade. Infraconstitucionalmente cabe mencionar a tutela do bem de família (Lei n. 8.009/90) (NEGREIROS, Teresita. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 404 e 460); a possibilidade de concessão de assistência judiciária gratuita aos necessitados (Lei n. 1.060/50); a garantia da obrigação alimentar; a vedação de incidência do imposto de renda sobre o mínimo necessário à sobrevivência do declarante ou sobre as quantias necessárias à subsistência de seus dependentes (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 42, 1990, p. 69-78, p. 70-71); bem como as inúmeras legislações federais e estaduais que regulamentam limites mensais às consignações facultativas em folha de pagamento com referência à remuneração bruta do servidor, o que visa a “resguardar a natureza da verba alimentar, propiciando a subsistência digna do servidor e de sua família”, vindo “ao encontro, e não poderia ser diferente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (MS n. 70013336359, Rel. Des. Jaime Piterman, 2º Grupo Cível, TJRS, j. 09-06-2006).

57 – A teleologia desta regra foi incorporada na redação do art. 25 da Constituição do Japão, a qual declara expressamente que “*todos terão direito à manutenção do padrão mínimo de subsistência cultural e de saúde.*” NEGREIROS, 2006, p. 401.

58 – “Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. (...) Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare, Nutzenmaximierung*), que é o princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social” (TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 42, p. 69-78, 1990, p. 29-30). Embora o delineamento do conteúdo necessário ao mínimo vital escape aos estreitos marcos deste estudo, como antes frisado, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, salienta-se que “o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 39, 2002, p. 53-86, p. 83), estando sujeito “às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes” (SARLET, 2006, p. 566), o que é corroborado por Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 488) e por Fernando Facury Scuff, para quem “o mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas

que o mesmo se constitui em um direito pré-constitucional e fundamental.<sup>59</sup> Havendo um direito às condições mínimas de existência humana, que não pode ser alijada por quais ações estatais<sup>60</sup> – tanto em um viés negativo quanto positivo –, e cuja violação enseja, necessariamente, um juízo de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da medida,<sup>61</sup> também há uma vedação da agressão deste núcleo por disposições contratuais privadas, cuja ocorrência legitima prestações estatais positivas, também no âmbito judicial.

Para além de sua inequívoca vinculação com a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana,<sup>62</sup> o direito ao mínimo existencial encontra fundamento filosófico e

e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos” (SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Revista Interesse Público*, n. 32, 2005, p. 213-226, p. 217). Refere Ricardo Lobo Torres que “a ONU, principalmente com base nos trabalhos de Amartya Sen, procura estabelecer índices de qualidade de vida, o que pode fornecer balizamentos para o mínimo existencial em diversos países” (TORRES, 2003, p. 1-46, p. 30-31). Assentados estes pressupostos, merece novamente destaque o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que a noção de mínimo existencial abrange “o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos”, o que “abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restrinido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais” (SARLET, 2002, p. 80), pois “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente” (SARLET, 2006, p. 567). Nesse sentido, o preceito perpassa diversas áreas do conhecimento jurídico e social, sendo que Michael Kloepfer chega a falar, por exemplo, na existência de um “mínimo ecológico da existência” (KLOEPFER, Michael. *Auf dem Weg zum Umweltstaat? Die Umgestaltung des politischen und wirtschaftlichen Systems der Bundesrepublik Deutschland durch den Umweltschutz insbesondere aus rechtswissenschaftlicher Sicht. Umweltrecht*. 3. Aufl. München: Verlag, 2004, p. 10).

59 – TORRES, 2003, p. 6-7.

60 – CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 470; SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Interesse Público*, n. 32, 2005, p. 213-226; SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. *Revista da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 99, 2005, p. 262. Nesse sentido o julgamento da ADPF n. 45 (Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 04-05-2004, p. 00012), na qual o STF reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, especialmente quando necessárias à implementação do mínimo existencial. No âmbito dos tribunais estaduais colacionam-se os seguintes precedentes: TJRS: AC n. 70008522393, AC n. 70009999384, AI n. 70011415361, AI n. 70013595269, RN n. 70009612458; TJMG: AI n. 1.0024.05.749634-1-002; TJRJ: AC n. 2005.001.12974, AC n. 2005.001.44186, AC n. 2005.001.12974, AC n. 2006.001.25393, AC n. 2006.001.32130, AC n. 2006.001.32534, AC n. 2006.001.36143, AC n. 2006.001.13561, AI n. 2006.002.09459, AI n. 2006.002.20363, RN n. 2005.009.00490.

61 – SARLET, 2002, p. 80 e 82.

62 – SARLET, 2006, p. 572.

axiológico nas condições para o exercício da liberdade<sup>63</sup> e, como se sabe, a liberdade só é real e efetiva quando se possuem as condições para seu exercício, o que não se vincula apenas a um sistema econômico de mercado, mas também à possibilidade de efetivo exercício de liberdades públicas e, portanto, políticas.<sup>64</sup> Robert Alexy aponta com propriedade que “a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor”,<sup>65</sup> razão pela qual a possibilidade de exercício de qualquer liberdade jurídica depende da possibilidade de exercício da liberdade real, o que é garantido por meio dos direitos fundamentais e de condições fáticas de exercício desta liberdade.<sup>66</sup>

Os operadores jurídicos parecem concordar pacificamente com a necessidade de resguardo do mínimo existencial na relação envolvendo o Estado e os cidadãos sobre sua autoridade,<sup>67</sup> especificamente em duas dimensões, as quais geram direitos subjetivos aos seus beneficiários.<sup>68</sup> De um lado a garantia se apresenta contendo um *status negativo*, que diz tanto com o poder de auto-determinação do indivíduo (ação ou omissão) livre de ingerências ou constrangimentos por parte do Leviatã (*v. g.* imunidades e isenções tributárias),<sup>69</sup> quanto pela necessidade de respeito aos valores supremos da Constituição pelos Poderes de Estado (Executivo,

63 – TORRES, 2003, p. 6-7. Salienta Ricardo Lobo Torres que “a liberdade de viver debaixo da ponte (...) não é liberdade” (TORRES, 1990, p. 69), e Amartya Sen que “não comer por desejo de fazer jejum ou emagrecer é uma opção de quem pode comer; não comer por falta de alimento não decorre de uma opção da pessoa, mas de falta de capacidade (condições) de fazê-lo” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10).

64 – SEN, 2000, p. 41-43.

65 – ALEXY, 1997, p. 486-487.

66 – SCAFF, 2005, p. 218.

67 – CANOTILHO, 2001, p. 470.

68 – SCAFF, 2005, p. 215.

69 – Importante salientar que, no campo tributário, se alcança o reconhecimento do resguardo do patrimônio mínimo do contribuinte por meio da conjugação da proibição de confisco (art. 150, IV, CF/88) com o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/88), o que importa no reconhecimento da imunidade do mínimo existencial. Neste viés, a capacidade contributiva começa onde a renda do indivíduo excede o mínimo existencial, razão pela qual, como salienta Klaus Tipke, o próprio Estado (social) está éticamente obrigado a preservar suas fontes tributárias (patrimônio dos contribuintes) (TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del estado y de los contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 35 e 59).





Legislativo e Judiciário).<sup>70</sup> Sob outro prisma se vislumbra um *status positivo*, que remete as prestações estatais necessárias à garantia das condições mínimas de vida digna<sup>71</sup> (ex.: serviços públicos ou subvenções financeiras).<sup>72</sup>

Havendo um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser alijada por ações estatais e cuja violação enseja, necessariamente, um juízo de desproporcionalidade e constitucionalidade da medida, evidentemente há uma vedação da agressão deste núcleo por disposições contratuais privadas, cuja ocorrência legitima prestações estatais positivas (v. g. imposição do dever de renegociação), também no âmbito judicial.

Os parâmetros protetivos do mínimo existencial não se exaurem na seara das relações verticais (Estado-indivíduo), mas avançam suas fronteiras, de molde a resguardar as agressões por ato atribuível ao particular nas relações horizontais (indivíduo-indivíduo). Se a proteção nas relações privadas detém mandamento constitucional,<sup>73</sup> em termos de

70 – SCHULTE, 2005, p. 259-279, p. 262.

71 – Exemplos desta atuação são vistos na obrigatoriedade de implementação da seguridade social (art. 194, CF/88), do sistema previdenciário (art. 201, CF/88) e da assistência social (art. 203, CF/88) (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 22-08-2006, [s. d.], p. 9).

72 – TORRES, 1990, p. 71-72. Parece inegável o alcance da proteção do mínimo existencial também no que respeita aos direitos sociais, conforme reconhecido pelo Tribunal Constitucional Português (acórdão n. 509/2002, oriundo do processo n. 768/2002, j. 19-12-2002): “no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, sob pressuposto de que, em qualquer caso a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos” (SARLET, 2002, p. 82). O próprio Ricardo Lobo Torres, que detém posição restritiva (TORRES, 1990, p. 70), acabou defendendo o enquadramento dos direitos sociais como fundamentais em se tratando de casos envolvendo o mínimo existencial dos seres humanos: “os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o *status daqueles* no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive” (TORRES, 1995, p. 129). Cabe mencionar a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para aquém do seu conteúdo com dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social. (...) não se poderá olvidar jamais que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional” (SARLET, 2002, p. 80 e 82).

73 – Nesse sentido o resguardo mínimo de direitos nas relações empregatícias (art. 7º), na garantia de defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V) e na regra do art. 170, *caput*, a qual determina que a finalidade da ordem econômica não é outra senão “assegurar a todos

disposições supranacionais cabe mencionar a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04-12-1986, que condiciona o respeito e o resguardo do mínimo existencial também pelos particulares:

Art. 1.º. 1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados; (...).

Art. 2.º. 1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento; 2. Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.

Ademais, eticamente é inegável a necessidade do particular velar ou (ao menos) respeitar o mínimo existencial de seus semelhantes. Hoje é inequívoca a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas (*Drittewirkung*),<sup>74</sup> como adverte Thiago Sombra.

Deve-se reconhecer que o princípio da liberdade contratual é um direito fundamental implícito,<sup>75</sup> o que traz à tona toda uma gama de possibilidades hermenêuticas, em face da colocação deste preceito basilar do direito contratual no diálogo de inter-relação das fontes axiológicas da Constituição.<sup>76</sup>

existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

74 – Ingo Wolfgang Sarlet entende ser “correto afirmar que entre os particulares existe um dever de respeito e consideração (portanto, de não violação) em relação à dignidade e direitos fundamentais de outras pessoas” (SARLET, 2006, p. 581).

75 – Nesse sentido a enumeração aberta do texto constitucional, instituída pela regra do art. 5º, § 2º, da CF/88, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da tutela geral da personalidade (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. 2, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 152 e 216). Ademais, a autonomia da vontade está, inegavelmente, representada em nível constitucional pelo princípio da livre iniciativa (art. 1º, da CF/88) e pelo princípio da liberdade econômica (art. 170, da CF/88) (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22).

76 – A interpretação e a verificação de validade e de comutatividade das

Nesse contexto, uma pretensa violação aos direitos fundamentais (v. g. mínimo existencial) por uma determinada disposição contratual poderia ser concebida não apenas como uma violação direta aos preceitos de ordem fundamental,<sup>77</sup> mas também como uma violação destes em face de sua prevalência no caso concreto,<sup>78</sup> em detrimento do então princípio fundamental da liberdade contratual.<sup>79</sup>

disposições contratuais contemplaria limitações e diretrizes travadas e concebidas no diálogo das fontes da própria Constituição, e não somente nas regras de interpretação contidas na legislação privada ou na relação destas com as disposições do texto constitucional. Como salienta Fernanda Stracke, “a discussão em torno da caracterização da liberdade contratual como direito fundamental tem importante repercussão na medida em que há uma possibilidade cada vez maior de intervenção do Estado nas relações contratuais, que antes conferiam uma total liberdade a autonomia da vontade na esfera privada”. MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 38, n. 152, out.-dez., 2001, p. 277, p. 275-299.

77 – Cláudia Lima Marques, valendo-se dos ensinamentos de Schwabe, chega a afirmar ser o contrato um verdadeiro “ponto de encontro dos direitos fundamentais”, defendendo que “a nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos” (MARQUES, 2002, p. 210-211). Exemplo jurisprudencial bastante elucidativo é apresentado pelo Min. Joaquim Barbosa Gomes, da lavra do Conselho de Estado da França (RDP 1996/564), que interditou espetáculo que promovia “um inusitado certame conhecido como ‘arremesso de anão’ (*lancer de nain*), consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão” por ofensa à dignidade da pessoa humana. Ainda nas palavras do Min. Joaquim Barbosa, “essa decisão caracteriza, em primeiro lugar, uma limitação clara à liberdade individual e à liberdade de iniciativa, mais conhecida naquele país como ‘liberté du commerce et de l’industrie’” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lqm/down6.doc>>. Acesso em: 22-08-2006, [s. d.], p. 1-2 e 6).

78 – Aqui poderiam ser utilizadas as leis da colisão e da ponderação de Alexy (ALEXY, 1997, p. 92 e 161). Sobre a aplicação da teoria pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, *vide* LARENZ, 1989, p. 413 e 491.

79 – Refere Wilson Steinmetz que “a autonomia privada, princípio básico do direito privado, é um bem constitucionalmente protegido e, por isso, não pode ser afastada sem mais. Também ela deverá ser ponderada, no caso concreto, com direitos ou interesses constitucionais contrários (STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 103, set. 2006, p. 333-345, p. 343). Importante colacionar o entendimento de Thomas Rüfner: “Os contratos dos cidadãos e sua interpretação, abstrai da jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, não despertavam grande interesse. O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma frequente: a liberdade de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como elemento constitucional na avaliação jurídica dos contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos. A livre manifestação de opinião e a liberdade de imprensa, a liberdade de religião e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações”.

Desta feita, supera-se as teorias que negam uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais,<sup>80</sup> eis que se percebe quase como uma unanimidade doutrinária o reconhecimento deste liame. A jurisprudência vem reconhecendo a incidência do mínimo existencial nas relações privadas tanto por meio da teoria da eficácia imediata ou direta (*Unmittelbare Drittewirkung*)<sup>81</sup> – opção adotada pela 5ª Câmara Cível do TJRS nas decisões do AI n. 2005.002.18558,<sup>82</sup> do AI n. 2006.002.06063,<sup>83</sup> e da AC n. 2006.001.40839<sup>84</sup> – quanto pela teoria da eficácia mediata ou indireta (*Mittelbare Drittewirkung*)<sup>85</sup> – adotada

*contratuais*” (RÜFNER, apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 121-122).

80 – SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 73. Tamanha é a importância do tema que Ingo Wolfgang Sarlet chega a afirmar que “a vinculação dos particulares e das entidades privadas em geral aos direitos fundamentais assume a condição de pressuposto para toda a discussão em torno da efetividade (efetividade social) da Constituição” (SARLET, 2006, p. 580).

81 – A teoria da eficácia imediata ou direta (*Unmittelbare Drittewirkung*), formulada por Hans Carl Nipperdey e desenvolvida por Walter Leisner, está lastreada no princípio da supremacia constitucional e da unidade do sistema, apregoando a desnecessidade de quaisquer transformações ou pontes dogmáticas para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois aqueles assumiriam diretamente a condição de elemento limitativo do tráfico jurídico-privado e de direitos de defesa oponíveis em desfavor de outros particulares. Assim, esta corrente defende a possibilidade do particular invocar direitos subjetivos fundamentais também perante seus semelhantes (eficácia horizontal), de maneira similar (mas não igual) àquela com que oponha estes preceitos perante o Estado (eficácia vertical).

82 – AI n. 2005.002.18558, Rel. Des. Antônio Cesar Siqueira, 5ª Câmara Cível, TJRJ, j. 08-11-2005.

83 – AI n. 2006.002.06063, Rel. Des. Antônio Cesar Siqueira, 5ª Câmara Cível, TJRJ, j. 11-07-2006. Neste julgado o Tribunal decidiu que a aplicação da teoria não está, sequer, subsumida a um juízo prévio de legalidade das disposições contratuais: “independentemente da legalidade ou ilegalidade das cláusulas contratuais, à instituição financeira não é possível proceder o desconto da integralidade dos vencimentos percebidos pelo correntista, sob pena de negar-lhe o mínimo para sua sobrevivência, em afronta aos princípios do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana”.

84 – AC n. 2006.001.40839, Rel. Des. Antônio Cesar Siqueira, 5ª Câmara Cível, TJRJ, j. 22-08-2006.

85 – A teoria da eficácia mediata ou indireta (*Mittelbare Drittewirkung*), criada por Günter Dürig, defende que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dar-se-ia por intermédio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais (*generalklauseln*) e dos conceitos jurídicos indeterminados, a serem previstos no seio da legislação privada, sob a égide da axiologia constitucional, havendo, quando muito, vinculação direta apenas para o legislador iusprivatista. Desta feita, as posições jurídico-subjetivas, reconhecidas ao particular frente ao Estado, não poderiam ser transferidas de modo direto para as relações particulares, mas apenas por meio de um efeito irradiador mitigado, ou seja, as normas jusfundamentais não seriam diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares. Nesse sentido o enunciado n. 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou





pelo 2º Grupo Cível do TJRS no MS n. 700013336359<sup>86</sup> e pela 3ª Câmara Cível da mesma corte no julgamento do AI n. 70017472754<sup>87</sup> e da AC n. 70015326994.<sup>88</sup> O STJ também vem reconhecendo a aplicação desta garantia, conforme o REsp n. 1.191.195<sup>89</sup> e o AgRg no REsp n. 1.206.956,<sup>90</sup> nos quais expressamente mencionada inclusive a construção da “preservação do mínimo existencial, em consonância com o princípio da dignidade humana”, conforme o que aqui se defende.

Qualquer que seja a via adotada pelo operador jurídico,<sup>91</sup> a teoria é aplicada tanto quando o contrato é o elemento propulsor da ofensa ao mínimo existencial do contratante (momento genético; v. g. concessão irresponsável do crédito com sucessivas novações contratuais visando à quitação de uma dívida impagável frente às circunstâncias econômicas do aderente) como quando a simples execução do pacto passa a ofender o mínimo de existência condigna de um dos contraentes (momento funcional).

Não obstante o que aqui foi desenvolvido, grande contribuição do resguardo do mínimo existencial ainda surge quando enfocadas suas potencialidades hermenêuticas, o que se passa a declinar.

## B. Paradigma da essencialidade

A Constituição Federal hierarquiza as necessidades humanas, tanto que a essencialidade de certos produtos é considerada parâmetro de tributação (arts. 153, IV, § 3º, I, e 155, § 2º, III). Buscando uma superação do

interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

86 – MS n. 70013336359, Rel. Des. Jaime Piterman, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, j. 09-06-2006.

87 – AI n. 70017472754, Rel. Des. Paulo Vieira Sanseverino, 3ª Câmara Cível, TJRS, j. 31-10-2006.

88 – AC n. 70015326994, Rel. Des. Paulo Vieira Sanseverino, 3ª Câmara Cível, TJRS, j. 03-08-2006.

89 – REsp n. 1.191.195, Rela. Mina. Nancy Andrichi, Relator para o acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, STJ, 3ª Turma, j. 13-03-2013.

90 – AgRg no REsp n. 1.206.956/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, STJ, 3ª Turma, j. 18-10-2012, DJe, 22-10-2012.

91 – Wilson Steinmetz defende que “a opção por uma ou por outra construção dogmática pode ser definida em cada caso pela funcionalidade em termos de fundamentação da decisão” (STEINMETZ, 2006, p. 341-342). No mesmo sentido o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem se deve compreender “o problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado (tanto em relação aos atos do Estado, quanto no que diz com os atos de atores privados) como um processo complexo, dialógico e dinâmico, incompatível com uma metódica fechada e unilateral” (SARLET, 2006, p. 582).

enfoque patrimonialista do direito privado brasileiro pela primazia dos valores e interesses existenciais,<sup>92</sup> e considerando a unidade do sistema jurídico,<sup>93</sup> Teresa Negreiros entende que no direito civil seria aplicável uma classificação tripartida de bens em essenciais, úteis e supérfluos, conforme sua destinação em relação à pessoa.<sup>94</sup> Efetuando essa nova classificação sob uma perspectiva civil-constitucional, cabe verificar a possibilidade de sua utilização como fator de diferenciação dos contratos e dos regimes jurídicos a estes aplicáveis, que tenham por objeto sua aquisição e/ou utilização,<sup>95</sup> pois como adverte Luiz Edson Fachin, “o conceito de necessidade pode (e deve) migrar de uma conformação meramente formal para uma expressão econômica e social”.<sup>96</sup>

Assim, compete ao operador diferenciar os pactos que contenham interesses extrapatrimoniais daqueles em que as obrigações assumidas sirvam unicamente para a satisfação de interesses patrimoniais. E mais. Cumple

92 – Salienta Teresa Negreiros que a hierarquia estabelecida entre situação existencial e patrimonial (com prevalência daquela) não pressupõe, necessariamente, uma relação dicotómica, tanto que certos bens patrimoniais integram o substrato da realização existencial, criando um campo de intersecção entre as esferas, assim como a tutela da dignidade da pessoa humana não se contrapõe à tutela do patrimônio (NEGREIROS, 2006, p. 462). No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin refere que “a pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42). A teoria proposta reflete não apenas uma tendência metodológica, mas também a faticidade da preocupação com a construção de um sistema jurídico sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais seguramente está o de “dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana” (MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Renovar, p. 163-186, 2000, p. 163-164).

93 – REALE, 2002, p. 63; BOBBIO, 1997, p. 48; FREITAS, 2002, p. 154; LARENZ, 1989, p. 20.

94 – Em face dos argumentos expostos surge a seguinte questão: como hierarquizar as necessidades humanas, inexistindo um rol descritivo, por impossível uma lista exaustiva e imutável? Ruth Zimmerling propõe que as necessidades básicas se constituiriam em um instrumento para a satisfação de uma finalidade não contingente e que se explica por si mesma (não necessitando da pergunta e para que o sujeito “A” quer o bem “B”?); diferenciando, assim, as finalidades instrumentais das categóricas (que dizem com a dignidade da pessoa como tal). Enfocando o dano provocado pelo fato de não serem satisfeitas, Javier de Lucas e María José Añon entendem que são básicas as necessidades cujo não atendimento provoca graves danos à pessoa necessitada. NEGREIROS, 2006, p. 466-468.

95 – NEGREIROS, 2006, p. 406, 420-423 e 459-461.

96 – FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 187-188.

distinguir as situações patrimoniais qualificadas em função da utilização existencial do bem contratado, ou seja, em razão do grau de imprescindibilidade da sua aquisição ou utilização pessoal para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita, aumentando a intervenção legislativa e judicial (inferências estatais na autonomia privada e no domínio econômico), conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao bem contratado.<sup>97</sup>

Para além da tentativa de tornar o direito civil contratual mais permeável às discussões de cunho social, alcançando o direito a uma vida digna à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das normas privatistas e contratuais,<sup>98</sup> a teoria ora enfrentada também serve para explicitar e sistematizar um fundamento decisório<sup>99</sup> que já vem sendo acolhido pelos tribunais pátrios, validando e dando mais previsibilidade e segurança aos julgados. Nesse sentido: REsp n. 635.871 e AI n. 70014424121.<sup>100</sup>

O paradigma da essencialidade também permite desvelar o poder negocial das partes contratantes,<sup>101</sup> pois inquestionavelmente aumenta a capacidade de imposição do forne-

cedor (*machtposition*) e a vulnerabilidade do consumidor com o aumento da essencialidade do bem contratado. Esta construção parece contemplada legislativamente quando o Código Civil reconhece a “necessidade” como elemento fundante de uma relação de poder nos institutos do estado de perigo (art. 156 do CC/02) e da lesão (art. 157 do CC/02), e quando o CDC estabelece o mesmo critério nos arts. 6º, VIII; 39, IV; e 51, § 1º, III.

Assim, os pactos subsumidos a condição de essencialidade e as situações de superendividamento estão sujeitos a uma disciplina legal de índole tutelar, mitigando os efeitos da mora e do inadimplemento por parte do consumidor, resguardando-o de cláusulas resolutivas tácitas (extinção do pacto somente após interpelação judicial) e da aplicação direta dos efeitos da teoria da *exceptio non adimplendi contractus* (art. 476 do CC/02).<sup>102</sup>

Essa diferenciação de situações e sujeitos no contexto do superendividamento, por intermédio do arcabouço teórico aqui proposto, permite reconhecer com maior facilidade os problemas e a vulnerabilidade da parte no plano fático, criando uma linha de argumentação segura para o operador jurídico. Ao centrar as teorias aqui apresentadas na órbita do objeto de estudo, encontra-se uma proteção maximizada do consumidor superendividado, tanto pelo encontro de fundamentos teóricos capazes de alcançar a

97 – NEGREIROS, 2006, p. 461-463.

98 – Esta concepção abrange tanto a imprescindível interpenetração e complementação mútua dos pensamentos sistemático e tópico – que denota a necessidade de o operador partir das peculiaridades do caso concreto, buscando a solução na sistematicidade construtiva do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 2000, p. 80 e 370-371; CANARIS, 1989, p. 272-273; FREITAS, 2002, p. 54) – quanto os métodos da concreção jurídica (REALE, 1986, p. 6 e 13; MARTINS-COSTA, 2005b, p. 137 e 141) e realista de interpretação (DANZ, Erich. *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 35, 51 e 245), os quais determinam a utilização do postulado normativo das circunstâncias do caso (MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, v. 4, São Paulo: Método, 2005b, p. 141) como “filtro” para a verificação dos efeitos emanados de determinada relação jurídica. A resolução dos conflitos no campo objeto deste estudo depende, portanto, de uma análise que ultrapasse o texto normativo e atinja uma parcela da realidade social, o que implica a necessidade da incorporação de elementos e circunstâncias da realidade às categorias teóricas utilizadas na resolução de conflitos pelo direito. Em termos jurisprudenciais: RE n. 330834-MA, 1ª Turma, STF, Min. Ilmar Galvão, DJ, 22-11-2002, PP-00069 EMENT VOL-02092-05 PP-00994. Contudo, esta concepção comprehende e reconhece as limitações do direito privado como elemento de substantivação da justiça distributiva e da igualdade material. NEGREIROS, 2006, p. 495 e 499-503.

99 – NEGREIROS, 2006, p. 503.

100 – REsp n. 635.871/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, STJ, DJ, 27-09-2004, p. 271; AI n. 70014424121, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 3ª Câmara Cível, TJRS, j. 27-04-2006.

101 – NEGREIROS, 2006, p. 463.

102 – NEGREIROS, 2006, p. 484-485. Como adverte Teresa Negreiros, a proposta não constitui alternativa à sistemática do CDC, pois longe de ser um limite, esta legislação constitui uma inspiração para o estabelecimento e aprofundamento do paradigma da essencialidade. Se em uma análise apressada a relevância desta teoria pareça restrita às hipóteses de inaplicabilidade do sistema de proteção consumerista, fundamentando a extensão do regime tutelar (ex.: negócios efetuados pelo consumidor com seus pares que contribuem para o agravamento da situação de superendividamento), cabe frisar que existem inúmeras potencialidades no próprio âmbito das relações de consumo, desvelando a relevância jurídica de que se revestem certas diferenças existentes entre os consumidores, dando ênfase normativa aos particularismos surgidos da análise concreta da relação contratual em causa (NEGREIROS, 2006, p. 488-490). A autora segue referindo que “acima de tudo, a relevância do paradigma da essencialidade está na função que lhe será eventualmente reservada no futuro. Referimo-nos, especificamente, à probabilidade de, num futuro mais ou menos próximo, se consolidarem os movimentos que, na esteira do liberalismo econômico, venham a revigorar o liberalismo jurídico. A classificação dos contratos em função da utilidade existencial do bem contratado poderá, nesta hipótese, servir como uma espécie de trincheira, atrás da qual sejam resguardadas as conquistas advindas da socialização do contrato em face das pressões liberalizantes trazidas pela retórica da globalização” (NEGREIROS, 2006, p. 492-493).





garantia do mínimo vital (*reste à vivre*)<sup>103</sup> quanto pela possibilidade de potencializar a proteção tutelar do CDC.

### C. Dever de cooperação e solidariedade social: princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato

Defende Claudia Lima Marques que o princípio da boa-fé objetiva leva à existência de um dever de cooperar dos fornecedores para evitar a ruína dos consumidores, sendo que a doutrina europeia manifesta-se pela incidência do princípio da igualdade no direito privado, estando construindo a existência de um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração.<sup>104</sup> Esta possibilidade vem alicerçada tanto na concepção cooperativa do vínculo obrigacional, na qual a boa-fé objetiva é concebida como um dever de consideração para com os interesses do *alter*, significando uma atuação refletida e refletindo os interesses do parceiro contratual,<sup>105</sup> quanto nas atuais funções do preceito. Nesse sentido a noção do vínculo obrigacional como processo.<sup>106</sup>

Para além da concepção clássica da boa-fé objetiva como instrumento capaz de medir ou guiar a conduta das partes – quando o preceito se apresenta como cânones interpretativo (art. 113 do CC/02), elemento limitador ao exercício de direitos subjetivos (*schranken bzw. kontrollfunktion*) (art. 187 do CC/02) e fonte de deveres anexos (*pflichten-begründende funktion*) (art. 422 do CC/02) –, a doutrina germânica contempla uma dupla

função da norma, que assume o papel de instrumento de decisão e de valoração judicial (medida da decisão).

Nesse contexto a boa-fé apresenta como função potencializada a complementação ou concretização da relação (*ergänzungsfunktion*), que é mais do que a função interpretativa, pois permite ao julgador visualizar, por meio da boa-fé objetiva, quais são os direitos e deveres decorrentes da relação contratual intrinsecamente considerada. Ademais, esta perspectiva traduz a função de correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias (*korenkturfunktion*), permitindo ao julgador impor deveres de renegociação ou adaptar e modificar o conteúdo do contrato, visando a sua manutenção, apesar da eventual quebra da base objetiva do negócio.<sup>107</sup> Por fim, resta autorizado pela doutrina germânica a decisão por equidade (*ermächtigungsfunktion*), pois a concreção da cláusula geral passa pela participação ativa do julgador, que não pode escapar à tópica e à equidade contratual, originando um verdadeiro direito à equidade (*billigkeitsrecht*).<sup>108</sup> Esta perspectiva não é estranha à proteção do consumidor em nível nacional, posto que o CDC, contrariando a regra impeditiva do art. 127 do CPC, expressamente permite em seu art. 7º o julgamento por equidade.

Assim, sempre que exista a quebra da base objetiva do negócio (*wegfall der geschäftsgrundlage*) e a onerosidade daí resultante, haveria uma espécie de dever *ipso iure* – ou no mínimo um ônus (o *obligenheit* alemão ou o *incombance suíço*)<sup>109</sup> – de adaptação (*ipso jure anpassungspflicht*) ou de renegociação (*neuverhandlungspflicht*) do contrato.

103 – Embora a análise sempre dependa de um viés tópico, particularizado e subjetivo, em termos numéricos Rosângela Lunardelli Cavallazzi sugere o resguardo de no mínimo 20% da renda familiar. CAVALLAZZI, 2006, p. 389.

104 – MARQUES, 2002, p. 210-211, e MARQUES, 2005, p. 19-20.

105 – SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A *Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 29, e MARQUES, 2002, p. 50.

106 – A concepção da *obrigação como processo*, que foi suscitada por Karl Larenz e desenvolvida nacionalmente por Clóvis do Couto e Silva, entende a relação obrigacional como um sistema de processos, cuja unidade não se esgota na soma dos elementos que a compõem, alcançando o conceito jurídico na condição de totalidade orgânica de cooperação, em que credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, e que se encadeia e se desdobra, temporariamente, em direção ao adimplemento (à satisfação dos interesses do credor), o que atrai e polariza a obrigação, abrangendo “*todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas*” (SILVA, 1976, p. 5).

107 – Este também parece ser o entendimento de Christoph Fabian quando o autor ressalva que a boa-fé possui a função de “corrigir uma obrigação insuportável”. FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 61.

108 – MARQUES, 2002, p. 54-58.

109 – Conforme adverte Vera Fradera, o termo *obligenheit* surgiu no direito alemão no âmbito do direito dos seguros, tendo o sentido de um dever de menor intensidade (FRADERA, Vera Maria Jacob de. Enunciado: o credor pode ser instado a mitigar o próprio prejuízo. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (org.). *Jornada de direito civil*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 168-178, 2005, p. 163). Christoph Fabian acentua que a *obligenheit* é uma exigência derivada do interesse da pessoa, sendo característico que o sistema jurídico não preveja um direito à indenização, mas apenas uma sanção de natureza leve, como, por exemplo, a perda de uma posição jurídica favorável (v. g. perda da proteção securitária em razão da omissão de doenças preexistentes) (FABIAN, 2002, p. 53-54).

Complementarmente se apresenta a ideia de solidariedade social, ínsita no princípio da função social dos contratos (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC/02), a qual surge não somente como preceito qualificador dos efeitos extraídos da boa-fé objetiva<sup>110</sup> – o que remete a uma distinção de intensidade quanto aos deveres já impostos pelo art. 422 do CC/02 (v. g. aplicação de tais efeitos perante terceiros), especialmente nos contratos que apresentam uma maior relevância social (ex.: massificados e de serviços públicos) –, mas também como elemento fundante de novos deveres, independentes e autônomos.

Como salienta Judith Martins-Costa,<sup>111</sup> em uma perspectiva estrutural e funcional, a função social se apresenta, primeiramente, como *princípio geral do direito contratual*, que se encontra em constante relação de complementação e restrição recíproca<sup>112</sup> com os demais preceitos, surgindo deste hipercomplexo amálgama axiológico<sup>113</sup> a necessidade de uma autonomia solidária<sup>114</sup> – exercida

de forma ordenada, mas não subordinada, ao bem comum –, que acaba por sepultar a concepção voluntarista da autonomia da vontade<sup>115</sup> presente nos códigos oitocentistas. O preceito atua, ainda, como *limite (externo) à liberdade de contratar*, o que diz com a imposição de deveres negativos (além daqueles combinados na lei) e na repreensão de condutas que expressam a supremacia injustificada de poder (*machtposition*) capaz de desvirtuar a finalidade econômico-social do negócio. Ademais, age como *fundamento (interno) da liberdade de contratar*, integrando constitutivamente o modo de exercício do direito subjetivo e impondo o reconhecimento de que toda relação contratual possui tanto uma dimensão intersubjetiva quanto transsubjetiva (p. ex.: tutela externa do crédito,<sup>116</sup> interdependência funcional de contratos<sup>117</sup> e extensão da eficácia do pacto

e solidária, colocou em xeque o dogma oitocentista da autonomia de vontade, impondo o reconhecimento de reflexos externos na relação contratual. Nesse viés, a função social se constituiria em uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social, havendo uma relação substancial entre o art. 421 do CC/02 e o art. 3º, I, da CF/88 (SILVA, 2003, p. 129-132 e 148, e MARTINS-COSTA, 2005a, p. 51). Ricardo Lobo Torres entende que “a solidariedade pode ser visualizada ao mesmo tempo como valor ético e como princípio positivado nas Constituições. É, sobretudo, uma obrigação moral ou um dever jurídico. Mas, em virtude da correspondência entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade e a justiça” (TORRES, 2003, p. 9-10). Nesse contexto, menciono a norma narrativa do art. 5º do Dec.-Lei n. 4.657/42 (LICC): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

115 – Judith Martins-Costa e Jorge Cesa Ferreira da Silva distinguem as expressões “autonomia privada” e “autonomia da vontade”. Enquanto nesta a ênfase se dá no termo “vontade”, indicando a mais conspicua manifestação do voluntarismo voltado à subjetividade e à psicologia do consenso, naquela expressão o peso está no vocábulo “autonomia”, dizendo com o poder jurídico de autodeterminação do indivíduo na ordem econômica e na concessão de força normativa às decisões individuais (o que não se restringe à atividade negocial) (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 59-60; MARTINS-COSTA, 2005b, p. 131; FERREIRA DA SILVA, 2003, p. 110-111).

116 – Acerca da tutela externa do crédito, vide: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado, direito nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *RT*, n. 750, abr. 1998, p. 113-120; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; bem como MARTINS-COSTA, 2005a, p. 98-102, que traz o *leading case* Pennzoil vs. Texaco.

117 – Sobre o fenômeno das redes de contratos: ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Parte general, t. I, v. 2. Barcelona: Bosch, 1954. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma teoria sistemica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51-77, jan.-mar. 2000; LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceiros. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 28, out.-dez. 1998, p. 22-58; LORENZETTI,

110 – Indubitável a necessidade de se diferenciar o campo de aplicação da função social dos contratos daquele ocupado pela boa-fé objetiva, a fim de que não se esvazie o conteúdo daquele preceito. Quando o legislador optou por positivar estes cânones em dispositivos diversos, indicou claramente a existência de disparidades no plano teórico e prático. Jorge Cesa Ferreira da Silva apresenta importante linha distintiva ao sustentar que, enquanto a boa-fé objetiva detém uma normatividade endógena, o princípio da função social detém uma funcionalidade exógena (FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 107-115).

111 – MARTINS-COSTA, Judith. Novas Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor: separata*, n. 7. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005a, p. 53, 64, 74-75, 78-79 e 107.

112 – CANARIS, 1989, p. 92-93; LARENZ, 1989, p. 200 e 413.

113 – Seguindo Antônio Junqueira de Azevedo, salienta Eugênio Facchini Neto existir uma hipercomplexidade axiológica no direito contratual moderno, pois os princípios clássicos (autonomia privada, obrigatoriedade do contrato e relatividade das convenções), galgados em uma concepção individualista e meramente formal dos valores liberdade e igualdade – paradigma kantiano da convivência da liberdade-responsabilidade, sendo esta decorrência daquela (SILVA, 2001, p. 11) –, passam a conviver com os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio e da justiça contratual. Enquanto aqueles preceitos estão assentados no valor “liberdade”, estes novos buscam resgatar a importância do valor “igualdade” por meio do seguinte paradoxo, que visa a compatibilizar a existência individual do ser humano com a sua natureza essencialmente social: efetivação de limitações legais à liberdade (dirigismo) para restabelecer a real liberdade social de contratar, objetivando alcançar o binômio justiça-eficiência. (FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, n. 349. Porto Alegre: Notadez, nov. 2006, p. 53-92, p. 61, 64-65 e 67).

114 – MARTINS-COSTA, 2005a, p. 58. Luis Renato Ferreira da Silva entende que quando o art. 3º, I, da CF/88 instituiu como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa





a terceiros não determinados),<sup>118</sup> o que impõe a incidência dos deveres de proteção (*Schutpflichten* de Stoll) ou laterais (*Nebenpflichten* de Esser).<sup>119</sup>

Assim, seu conteúdo implica a “mitigação” do princípio da relatividade dos pactos<sup>120</sup> (novo *status* ao terceiro que sofre as consequências do inadimplemento ou que contribui para a sua ocorrência) e, interpretativamente, impõe a amenização da ideia de vinculatividade dos contratos, determinando uma busca pela igualdade contratual e equilíbrio do pacto, bem como pela superação do sentido unilateral de proteção dos interesses do credor, instituindo novas hipóteses de revisão e renegociação e o surgimento de um direito subjetivo à manutenção dos contratos essenciais, impondo uma visão solidarista e cooperativa da relação contratual.<sup>121</sup> Nesse sentido a lição de Bruno Miragem:

Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Direito do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999; MARQUES, 2002; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999; ENEI, José Virgílio Lopes. *Contratos Coligados*. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 132, p. 111-128, out.-dez. 2003; LEONARDO, Rodrigo Xavier. A Teoria das Redes Contratuais e a Função Social do Contrato: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832, p. 100-111, fev. 2005.

118 – Esta circunstância diz, exemplificativamente, com a defesa do meio ambiente (KLOEPFER, 2004) e a proteção da livre concorrência, em que são impostos deveres positivos de prevenção e promoção dos bens que são tutelados constitucionalmente (MARTINS-COSTA, 2005, p. 104-105).

119 – Estas espécies não estão orientadas para o cumprimento do dever principal de prestação (como os deveres secundários ou acessórios), mas sim para a conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem vir a ser afetados pela conexão com o contrato.

120 – Não obstante a expressão “mitigação” esteja consagrada na doutrina (FACCHINI NETO, 2006, p. 73), deve-se salientar, na esteira de Judith Martins-Costa, que uma correta conceituação dos campos de atuação dos princípios indica que a função social não atinge o preceito da relatividade dos contratos, o que é demonstrado com a distinção existente entre “deveres de prestação” e “deveres de proteção ou laterais” e entre “contrato” e “relação contratual”. Enquanto essa diz com as normas derivadas do poder negocial concernente às partes contratantes, dizendo com os deveres de prestação, o “contrato” deve ser reconhecido como “fato social” que atinge não somente os contraentes, mas também terceiros, determinados ou não, impondo deveres laterais ou de proteção. “Portanto, considerado o espaço que lhe é próprio, o princípio da relatividade não pode ser ‘relativizado’ seja para impor a terceiros deveres de prestação, seja para permitir que terceiros, que não são parte, realizem declarações com eficácia de vinculabilidade negocial” (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 79 e 81).

121 – SILVA, 2003, p. 138; MIRAGEM, 2005, p. 30-33. Luis Renato Ferreira da Silva sustenta que “dentro da relação contratual (...) atua a idéia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (...) já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais (...) impõe um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia de função social no exercício da liberdade contratual” (SILVA, 2003, p. 133).

“(...) a função social do contrato ilumina o raciocínio e o procedimento de tomada de decisão do juiz no exame da conduta dos contratantes assim como seu resultado (adimplemento ou inadimplemento do contrato). Neste aspecto, a função social poderá informar o juiz, tanto na identificação da necessidade de conservação do contrato – e a partir disso determinar aos esforços de integração do juiz a finalidade de mantê-lo –, quanto na possibilidade de, em certos casos, promover a revisão dos termos do contrato”.<sup>122</sup>

Parece clara a tendência à funcionalização do instituto do contrato, pois o reconhecimento jurídico da validade do pacto depende do cumprimento de determinada função, detendo a autonomia privada, atualmente, uma natureza de verdadeiro poder-dever.<sup>123</sup> Nessa seara, defende Luis Renato Ferreira da Silva que o contrato cumpre a sua função quando permite a manutenção de trocas econômicas (circulação de riquezas) livremente estabelecidas,<sup>124</sup> o que importa conjugar o aspecto utilitarista (maximização das oportunidades econômicas) com um aspecto ético (comportamento médio de oportunidades e vantagens recíprocas). Nesse sentido, segue o doutrinador afirmando que somente haveria o cumprimento da função social quando ambas as partes (bilateralidade da relação) “retirem vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utili-

122 – MIRAGEM, 2005, p. 31.

123 – SILVA, 2003, p. 136-137. A noção de poder-função diz com o entendimento do instituto como uma prerrogativa que não está voltada apenas para os interesses individuais do titular, mas também para os interesses coletivos, cujos fins se impõem à vontade. O indivíduo perde como tal, mas ganha como membro da comunidade, pois se desvinculam os problemas de interpretação do domínio do dogma da vontade, passando a tratá-los como conflitos de valores entre a tutela do indivíduo e a proteção do tráfico jurídico (SILVA, 2001, p. 32). Refere Francisco dos Santos Amaral Neto que “o exercício da autonomia privada é uma questão de exercício de poder, dentro dos limites e na esfera de competência que o ordenamento jurídico estabelece. Ora, o problema da autonomia privada, na sua existência e eficácia, é apenas um problema de limites” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102. Brasília: Senado Federal, abr.-jun. 1989, p. 207-230, p. 215).

124 – Embora a conhecida construção de que o contrato se caracteriza como a veste jurídica de uma operação econômica, Enzo Roppo suscita, ainda, que “falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, diretamente ou mediaticamente – para a idéia de operação econômica.” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 8 e 23). Judith Martins-Costa indica que não são desconectadas as ideias de “função social” e “função econômica” dos contratos, pois, embora a “causa função” (esta suscitada por Betti) não se confunda com o princípio da função social, é um de seus elementos de concreção (MARTINS-COSTA, 2005a, p. 50).

dade e justiça nas relações contratuais". Importante a transcrição da lição de Luis Renato Ferreira da Silva:

No momento em que se perde a comutatividade que a relação contratual pressupõe para manter-se justa, faz-se mister uma revisão dos seus termos para que não se privilegie o desfazimento.

Quero dizer que, se um contrato ficar muito desproporcional na relação entre prestação e contraprestação, tornando-se excessivamente oneroso para alguma das partes, certamente ocorrerá o inadimplemento. Como não interessa, dada a inserção no meio econômico das relações contratuais, que haja a descontinuidade dos contratos, senão que se quer mantê-los (...), o caminho da revisão contratual se abre.

(...) a vinculatividade absoluta pode acarretar a inutilidade e/ou injustiça na relação contratual, fazendo-se necessário proceder à revisão do contrato para com isso propiciar a sua manutenção, finalidade também oriunda da função social, pois impõe aos contratantes pensarem na viabilidade do projeto contratual mais do que nas eventuais vantagens individuais excessivas que possam ter”.<sup>125</sup>

O Min. José Delgado afirma a potencialidade do preceito em exame como fator de imputação da renegociação ou ruptura do pacto ao sustentar que “o juiz pode, em decorrência da aplicação do princípio da função social do contrato, emitir sentença: (...) reduzindo a prestação de uma das partes quando entender que, em razão de situação econômica comprovada, está exacerbada ou desproporcional”.<sup>126</sup>

Sob outro prisma, aponta Bruno Miragem que a função social serviria como elemento maximizador das hipóteses legais que permitem a anulação do negócio ou a revisão do pactuado – flexibilizando e/ou atenuando

125 – SILVA, 2003, p. 145 e 149.

126 – DELGADO, José. O contrato no Código Civil e a sua função social. *Revista Jurídica*, n. 322, 2004, p. 27-28. Antônio Junqueira de Azevedo faz interessante observação que conjuga muitos dos tópicos traçados no presente estudo: “a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato constitui, a nosso ver, juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc.) e a lesão à dignidade da pessoa humana, os três casos em que a função social do contrato deve levar à ineficácia superveniente” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, n. 832, fev. 2005, p. 113-137, p. 133).

expressões legais como “imprevisíveis e extraordinários” ou “fatos supervenientes” –, a partir de uma quantificação, pelo operador, da análise tópica do indivíduo situado, da necessidade de equilíbrio do pacto, da relevância social do contrato em exame e do dano social sofrido pela comunidade e pelos contratantes,<sup>127</sup> especialmente em face do superendividamento.

#### D. Dever do credor em mitigar o próprio prejuízo

A necessidade de readaptação do vínculo também pode ser buscada no dever do credor em mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Adverte Véra Maria Jacob de Fradera que o art. 422 do CC/02 impõe a ambos contratantes o resguardo da boa-fé, não sendo compatível com esta disposição que o credor se mantenha inerte frente ao descumprimento da obrigação.<sup>128</sup> Sobre a questão da inércia, recorda-se a inexistência de motivação para renegociar (e para comparecer à sessão de composição extrajudicial dos conflitos) dos bancos públicos, das pequenas financeiras (nas quais as taxas aplicadas são mais expoliativas e se verificam piores índices de concessão responsável do crédito) e dos credores que possuem garantias (v. g. empréstimos consignados e descontos e contas correntes), desconsiderando os matizes da sociedade e da eticidade que regem atualmente o Direito Privado.

Acerca da natureza jurídica do instituto, a supramencionada doutrinadora refere que o dever do credor em mitigar o próprio prejuízo não constitui uma obrigação *stricto sensu*, porquanto não poderia, caso descumpriida, ser sancionada pela via da responsabilidade contratual, não dizendo, também, com obrigações de ordem moral ou natural. Assim, o *duty to mitigate the loss* diria com as já mencionadas figuras do *obligenheit* alemão ou do *incombalance* suíço, sendo que, em nosso sistema, “poderia ser

127 – MIRAGEM, 2005, p. 31-32 e 42-43.

128 – FRADERA, 2005, p. 169-170.





considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato".<sup>129</sup> Contudo, Véra Maria Jacob de Fradera ainda sustenta que, sob o influxo da jurisprudência francesa, a recepção da teoria no Brasil também poderia se dar "pelos conceitos de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito".<sup>130</sup> Mister se faz colacionar o entendimento de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

"Um novo princípio surge no sentido de diminuir o aspecto vinculante do princípio das expectativas. Trata-se da 'mitigação do dano'. De acordo com tal princípio, requer-se da parte prejudicada que realize medidas razoáveis para proteger os seus interesses quando o réu descumpre o contrato. Assim, ele somente terá direito aos danos pelas perdas advindas a expectativas que remanescem após a tomada destas precauções de proteção de seus interesses. É fácil perceber que o princípio de mitigação do dano muitas vezes vem acompanhado do princípio de cooperação, mencionado anteriormente. Neste sentido, o contratante tem o dever de cooperar e fazer o esforço razoável tanto para que o contrato se realize, como para que os danos decorrentes de sua inexecução sejam evitados."<sup>131</sup>

Importante mencionar o REsp n. 758.518,<sup>132</sup> julgando paradigma do STJ, no qual consagrada a ideia de que "os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano."<sup>133</sup> O TJRS também já entendeu que "é dever do credor mitigar suas próprias perdas, adotando providencias para

129 – FRADERA, 2005, p. 174-175.

130 – FRADERA, 2005, p. 176. Não obstante a opção do operador, a recepção da teoria restou reconhecida na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, por meio do seguinte enunciado do art. 422 do CC/02: "O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo".

131 – MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 219-220.

132 – REsp n. 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, STJ, 3ª Turma, j. 17-06-2010, REPDIJE n. 01-07-2010, DJe, 28-06-2010.

133 – Há decisões, inclusive, fixando dano moral resultante da situação criada pela instituição financeira ao não oportunizar ao consumidor renegociar sua dívida, conforme segue: Ap n. 0000183-41.2008.8.05.0174, Rel. Des. Clésio Rômulo Carrilho Rosa, TJBA, 2ª Câmara Cível, j. 15-05-2012; AC n. 811.512-8, Rel. Shiroshi Yendo, TJPR, 16ª Câmara Cível, j. 26-10-2011.

facilitar o cumprimento da obrigação a fim de evitar o agravamento do prejuízo do devedor".<sup>134</sup>

Também por este viés se impede a inércia no inadimplemento para o cômputo dos encargos moratórios, se alcançando a necessidade de uma renegociação ativa, que não se constitua apenas em um ato formal que anteceda os atos de execução da dívida ou em uma forma de assegurar a perpetuação desta, por intermédio de instrumentos de inovação que visam, não raras vezes, apenas a sedimentar as abusividades anteriormente cometidas.<sup>135</sup> Para além de embasar a necessidade de renegociação, este dever se apresenta como importante ferramenta dogmática no controle dos efeitos da ruptura do pacto, pois capaz de fundamentar a mitigação da incidência dos encargos moratórios.<sup>136</sup>

## E. Paradigma do direito empresarial

Como se sabe, o direito empresarial é o ramo do direito galgado em duas grandes premissas, quais sejam, liberdade e igualdade,<sup>137</sup> enquanto no direito do consumidor estas vertentes são enormemente mitigadas (ao ponto de em algumas contratações sequer existir), seja porque o consumidor consome mais por necessidade e desejo do que por vontade, seja porque a desigualdade das partes é inequívoca, impondo o regime tutelar constitucionalmente garantido e legalmente estabelecido pelo CDC.

Faz-se esta observação porque, no âmbito do direito empresarial, o dever de renego-

134 – AC n. 70053435400, Rela. Desa. Liége Puricelli Pires, TJRS, 17ª Câmara Cível, j. 08-05-2013. Cabe citar interessante precedente: AC n. 70046205951, Rela. Desa. Denise Oliveira Cesar, TJRS, 22ª Câmara Cível, j. 23-02-2012.

135 – O STJ, atento a estas situações, editou a Súmula n. 286: "A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores".

136 – Nesse sentido, havendo a inércia do credor no ajuizamento de demanda que vise à cobrança das prestações contratuais, estaria o Juiz autorizado a determinar a limitação da incidência dos encargos moratórios ou até mesmo desconsiderá-los, em face das peculiaridades do caso concreto.

137 – Sabe-se que estes preceitos não se mostram de forma absoluta, posto que até mesmo nas relações empresariais subsistem circunstâncias que desigualham materialmente as partes (v. g. poder econômico, circunstancialidades do mercado), o que aumenta a capacidade de imposição de uma das partes (*machtposition*).

ciação dos contratos é reconhecido em normas legais, como os princípios do Unidroit e a teoria da *law and economics*, estando também sedimentado nos costumes mercantis, sendo previsto em todos os contratos de natureza comercial, nos quais inclusas cláusulas de readaptação nos contratos comerciais (*adjustment terms*).<sup>138</sup>

Em termos de direito internacional e comparado, diversas são as disposições que impõem o dever de renegociação e o resguardo da teoria do *duty to mitigate the loss*, abordada no tópico precedente, senão vejamos: (I) o art. 77 da Convenção de Viena de 1980 (*Convention of International Sales of Goods*) assim estabelece: “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.”; (II) o art. 88 da Convenção de Haia de 1964 (acerca da lei uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corpóreos) determina: “The party who relies on a breach of contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in damages.”; (III) o art. 7.4.8 dos Princípios do Unidroit (relativos aos contratos de comércio internacional) e o art. 9: 505 do Código Europeu de Contratos assim dispõem: (1) “The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.”; (IV) os princípios, regras e standards da *Lex Mercatoria* determinam: “(63): A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss of profit, resulting from the breach. If it fails

*to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have mitigated.*”<sup>139</sup>

Eugenio Facchini Neto traz a lume regra do *Uniform Comercial Code* norte-americano, em que consta [Article 2-615(a)] previsão expressa de liberação do devedor se a obrigação se tornar impraticável financeiramente ou se sua execução se tornar demasiadamente onerosa, ainda que fisicamente possível. Cabe citar o Comentário Oficial n. 3: “A lei concede ao devedor a exoneração de sua responsabilidade não só quando o inadimplemento tornou-se verdadeiramente impossível, mas também quando tornar-se impraticável comercialmente (financeiramente)”.<sup>140</sup>

Assim, como a necessidade de readaptação e renegociação está à disposição de quaisquer fornecedores em suas relações empresariais, há a necessidade de repetição deste direito nas convenções privadas, especialmente aquelas matizadas pelo direito do consumidor, não apenas como pressuposto da isonomia, mas principalmente como concretização da boa-fé objetiva.

Os bons costumes, fonte secular do direito empresarial, são bons costumes em todas as áreas. Assim, o “bom costume” da renegociação, que impera na relação entre empresários, não pode ser negado na relação destes com os seus consumidores. Parece imperativo ético (derivado da eticidade que rege o Direito Privado) estender as garantias do direito dos iguais para o ramo protetivo dos vulneráveis.

## F. Concessão responsável do crédito

A proteção do devedor superendividado e a imposição do dever de renegociar também podem ser alcançados com base na noção de empréstimo responsável galgada na conjugação entre dever de informação, princípio da boa-fé objetiva e instituto do abuso de direito, inserindo a discussão na avaliação da conduta das instituições financeiras.<sup>141</sup>

138 – Os pactos passam a admitir a ocorrência de ajustamentos, tanto intrínseca (*adjustment terms*) quanto extrinsecamente. MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 105-107, 116-117 e 125-131.

139 – FRADERA, 2005, p. 169 e 172.

140 – FACCHINI NETO, 2006, p. 71.

141 – A exigência de garantia e de controle do endividamento, por meio dos bancos de dados, se constituem em importantes instrumentos





O fornecedor que concede crédito à pessoa que não tem condições de cumprir o contrato excede manifestamente as finalidades econômicas e sociais de sua atividade,<sup>142</sup> nos termos do art. 187 do CC/02, embora o contrato aparentemente se insira no âmbito da legalidade, por cumprir as diretrizes formais.

A questão é muitíssimo comum. Milhares são as ações judiciais que demandam a limitação dos débitos consignados, que extrapolando o limite prudencial de 30% da renda pessoal, alcançam em muitos casos mais de 90% da renda do consumidor. Nestas situações, nas quais invariavelmente se verificam inúmeros credores, questiona-se: qual o grau de responsabilidade do credor que concede o crédito com garantia após o atingimento da margem de 30%? O que fazer quando se verifica a concessão irresponsável do crédito?

Heloísa Carpena Vieira de Mello bem explicita as potencialidades dogmáticas do abuso de direito, afirmando que esta figura põe em jogo o próprio conceito de direito subjetivo ao desvelar a funcionalidade e relatividade de seu exercício. O fim socioeconômico de um determinado direito subjetivo não é estranho a sua estrutura, mas elemento condicionante de sua natureza, sendo que o abuso surge no interior do próprio direito em questão. Exercer legitimamente um direito não é apenas ater-se à sua estrutura formal, mas cumprir o fundamento axiológico-normativo que constitui esse mesmo direito, segundo o qual o operador deve aferir a validade do ato de exercício. O fundamento axiológico de um determinado direito subjetivo constitui seu limite, que é tão preciso quanto aquele determinado por sua estrutura formal.<sup>143</sup>

Em análise específica, adverte Semy Glanz que “o banco tem o dever de analisar a capacidade econômica e financeira do cliente; e, quando (...) a repercussão do crédito con-

de prevenção ao endividamento excessivo, pois obrigam o credor e o devedor a compararem o débito com o patrimônio e renda deste (devedor). CAVALLAZZI, 2006, p. 392.

142 – CARPENA; CAVALLAZZI, 2005, p. 142.

143 – MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 314-315.

cedido, afetando a terceiros. (...) o banco não deve emprestar dinheiro a quem se apresenta como insolvente, ou, pelo menos, só deve emprestar nos limites das forças financeiras do cliente”.<sup>144</sup> Assim, a responsabilidade do fornecedor de crédito contempla duas situações: a primeira relativa ao próprio tomador do empréstimo (indicando a necessidade de renegociação) e a segunda com relação a terceiros.

A perspectiva aqui exposta resta por responsabilizar o fornecedor pelas repercussões que a sua atividade provoca no mercado.<sup>145</sup> Não se desconhecem casos em que a falência econômica do sujeito é fruto de ato de credores que, rompendo com as justas expectativas dos devedores, cometem atos que extrapolam as mais basilares regras deontológicas, a fim de obterem lucros cada vez maiores.<sup>146</sup>

Se o dever de informação é fator preponderante no sistema consumerista, é possível alcançar, por intermédio da conjugação deste com o princípio da boa-fé objetiva, a obrigação de aconselhamento por parte das instituições financeiras, baseado na confiança necessária que o consumidor deposita no profissional que detém os conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada,<sup>147</sup> que impõe tanto o alerta das vantagens e inconvenientes da aquisição do crédito (e de sua posterior renegociação) quanto a avaliação da modalidade contratual mais adequada às necessidades do consumidor.<sup>148</sup>

A presente questão passa, também,

144 – GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. *Revista da EMERJ*, n. 1-2, 1998, p. 105.

145 – CARPENA; CAVALLAZZI, 2005, p. 138-139.

146 – CONSALTER, Rafaela. Novas Tendências da Atuação da Defensoria Pública na Defesa do Consumidor Necessitado. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, 2006a, p. 358.

147 – COSTA, 2006, p. 239. Apoiada nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann, Claudia Lima Marques sustenta que é exatamente a confiança depositada no outro que motiva os agentes econômicos a saírem de seu ócio na busca da formação de um negócio jurídico (MARQUES, 2007).

148 – PEREIRA, 2006, p. 177. Se a doutrina brasileira não diferencia os deveres de informação e de aconselhamento, a doutrina francesa (na qual existe norma específica) aponta que aquele diz com a transmissão de conhecimentos objetivos, enquanto o dever de conselho consiste em emitir um parecer visando a guiar a ação do consumidor, estando a informação adaptada às necessidades subjetivas do destinatário, o que demanda uma análise da situação dos parceiros contratual. Em verdade, o que há no dever de aconselhamento é uma personalização da informação às necessidades do consumidor. COSTA, 2006, p. 242 e 265; FABIAN, 2002, p. 62.

pela invocação da boa-fé na condição de elemento limitador de direitos subjetivos. Conforme adverte Christoph Fabian, “*tudo o direito é limitado pela boa-fé. Fora ou contra a boa-fé não existe nenhum direito subjetivo*”.<sup>149</sup>

Em termos de direito comparado, cabe salientar que a Comunidade Europeia não ficou alheia a estas considerações. Wellerson Pereira refere que a Proposta de Diretiva sobre crédito ao consumo (COM 2002/0222) “inaugura em âmbito comunitário a noção de ‘empréstimo responsável’, determinando que, ao concluir contratos de concessão de crédito ou ao aumentar o limite de um crédito em curso, deve o fornecedor se assegurar por todos os modos que o consumidor estará em condições de reembolsá-lo”.<sup>150</sup>

### G. Aplicação das regras do art. 745-A do CPC e dos arts. 396 e 480 do CC

Muito embora tenha-se trabalhando inúmeras fontes normativas constitucionais e infraconstitucionais, a fim de evitar desconforto pela inexistência de norma expressa permitindo que o Poder Judiciário impõna o pagamento parcelado dos débitos, em superação do disposto nos arts. 313 e 314 do CC, cabe frisar, inicialmente, a norma do art. 745-A do CPC, incluído pela Lei n. 11.382/06, *verbis*:

Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

149 – FABIAN, 2002, p. 62. Ainda no plano legal, o tópico em exame remete à dicção do art. 170, V, da CF/88, o qual determina que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) defesa do consumidor”. Esta disposição garante a defesa do consumidor no exercício das práticas comerciais, vinculando esta proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Ademais, conforme voto do Min. Eros Roberto Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 (chamada “ADIN dos Bancos”), o art. 170 ilumina toda normatização constitucional da ordem econômica e financeira, sendo aplicável também as diretrizes do Capítulo IV do Título VII da CF/88, que diz com o sistema financeiro nacional (arts. 192 e seguintes).

150 – PEREIRA, 2005, p. 25; PEREIRA, 2006, p. 177.

Veja-se que o CPC<sup>151</sup> permite ao julgador impor o pagamento parcelado mesmo em um procedimento em que já existe a consolidação do débito, exigindo a boa-fé por parte do devedor (aqui representada pelo depósito de 30% do valor em execução), em exata consonância com o paradigma até aqui desenvolvido.

Da mesma forma, incide na espécie a regra do art. 480 do CC, que para além da resolução por onerosidade excessiva (art. 478 do CC), permite a veiculação de pleito judicial tendente à redução da prestação ou alteração do modo de execução da obrigação, em uma clara disciplina que diz com a readequação do pacto.

Entende Ruy Rosado que o mencionado art. 480 do CC se aplica aos contratos unilaterais onerosos (*v. g. mútuo*), e quando se trata de “*execução prolongada no tempo é possível que fatos supervenientes influam sobre a prestação do único obrigado*”, sendo que “*também para os contratos unilaterais exige-se que o risco da parte obrigada se mantenha dentro do limite da normalidade. Se for agravado o sacrifício econômico do devedor, justifica-se a redução equitativa da prestação devida*”.<sup>152</sup>

Embora o autor refira tangencialmente a necessidade de ocorrência do fato antes do vencimento da prestação<sup>153</sup> – quando se defende a possibilidade de aplicação quando já configurado o superendividamento e, consequentemente, a inadimplência –, em um contexto sistemático, ainda recorda Clóvis do Couto e Silva que, mesmo quando se trata de insolvência, desde que esta situação não tenha ocorrido por circunstância imputável culposamente ao devedor, este não pode ser considerado em mora, nos termos do art. 396 do CC, o que resta por equiparar a impossibilidade relativa superveniente à absoluta.<sup>154</sup>

151 – Em termos de direito comparado, Cláudia Lima Marques salienta que o § 313 do BGB-Reformado traz a figura da quebra da base do negócio e o seu § 314 contempla um direito geral de rescisão em contratos cativos de longa duração, permitindo a readaptação do vínculo. MARQUES, 2005, p. 20-21.

152 – AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato*. Vol. IV, Tomo II, Forense: São Paulo, p. 964-965.

153 – AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato*. Vol. IV, Tomo II, Forense: São Paulo, p. 965.

154 – SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 123-124.





Assim, se em procedimentos mais gravosos (como é o caso da ação de execução) subsiste legalmente a possibilidade de imposição da renegociação, cabível a utilização desta premissa para o tratamento do superendividamento, por meio do princípio geral da cooperação ou de uma interpretação analógica, ambos critérios permitidos pela regra do art. 7º do CDC e do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42).

### Conclusão

O crédito ao consumo é indubitavelmente uma atividade legítima associada ao desenvolvimento econômico. Porém, devem ser quantificados pelos agentes políticos e operadores jurídicos os efeitos do processo de expansão exacerbada de sua oferta, pois, estando associado ao mito da funcionalidade mágica de uma sociedade capaz de oferecer possibilidades de realização imediata (Jean Baudrillard), implica a democratização de despesas excessivas e a construção de projetos de vida exclusivamente com base em eleições de consumo, cujas necessidades são muitas vezes fabricadas pelos próprios mecanismos de mercado (v. g. moda e publicidade).

Em nossa tradição o endividamento excessivo sempre foi visto como sendo um problema moral atrelado diretamente a uma falha pessoal do sujeito. Contudo, esta visão deixa de quantificar as peculiaridades de nossa contemporaneidade pós-moderna, em que o sujeito tem acesso fácil ao crédito (por vezes de forma incompatível com sua situação econômica) e é constantemente estimulado a consumir por esta via, além de ignorar a ocorrência dos acidentes da vida que colocam os esforços do sujeito para pagamento das dívidas em patamares acima dos suportáveis. Além de todas as pesquisas indicarem que a grande maioria dos consumidores superendividados se encontram nessa situação de forma passiva, deve ser avaliado que, em nossa realidade social, a danosidade dessas áleas (v. g. desemprego, doença, morte e divórcio) é extremamente potencializada, eis que parcela significativa da popula-

ção vive no limiar da pobreza, o que ocorre com o público assistido pela Defensoria Pública.

É de todo visível a necessidade de uma política (ao menos judicial) que dê tratamento adequado a esses sujeitos. Se o instrumental existente se mostra insuficiente quanto ao tratamento global do superendividamento – carecendo o ordenamento brasileiro de um procedimento especial que permita a investigação das causas pessoais e sociais que conduziram o indivíduo à bancarrota e a formulação de um esquema eficaz de renegociação dos débitos –, o presente estudo delineou hipóteses permissivas para sua imputação, alcançadas por meio de uma participação hermenêutica sistemático-construtiva (e comprometida) por parte do operador, permitindo a tutela de algumas situações que se apresentam.

O ensaio buscou uma superação do enfoque patrimonialista ainda presente na aplicação do Direito no Brasil. Os esforços de salvaguardar a dignidade do consumidor superendividado passam por uma nova compreensão do operador jurídico acerca da hipercomplexidade socioeconômica, bem como pela incorporação de elementos e circunstâncias da realidade às categorias teóricas utilizadas na resolução de conflitos pelo direito, alcançando o direito a uma vida digna à condição de necessário parâmetro de interpretação e de aplicação das diretrizes normativas.

No entanto, para além da tentativa de tornar o direito mais permeável às discussões de cunho social, com a apresentação pontual de algumas construções teóricas, este ensaio procurou explicitar e sistematizar alguns fundamentos decisórios possíveis na busca de um tratamento adequado ao fenômeno do superendividamento, validando e dando mais previsibilidade e seguranças aos julgados. Aqui não se pretendeu defender a adoção de atitudes paternalistas por parte do operador ou a propagação de um ativismo judicial, mas, sim, pugnar pela defesa da condição ontológica existencial do indivíduo frente aos interesses patrimoniais de seu parceiro contratual.

Estando ciente de que o sucesso prático desta pretensão depende da aceitação de seus pressupostos pelos agentes envolvidos, gostaria de destacar importante ponto de consenso dentro do discurso proposto. Como a relação contratual se encadeia e se desdobra temporariamente em direção ao adimplemento, a busca pela valorização da cooperação no desenvolvimento do contrato (com a aceitação de que credor e devedor não ocupam mais posições antagonicas) e a efetivação do tratamento do endividamento crônico não atendem apenas aos interesses do devedor, pois o credor também usufrui das vantagens de um contrato reequilibrado, especialmente no que respeita à maximização da possibilidade de satisfação de seu crédito, hipótese sensivelmente comprometida com a própria configuração e manutenção do estado de superendividamento.

Por meio das construções legais e teóricas supramencionadas, surge uma autêntica obrigação de renegociar o contrato,<sup>155</sup> tornando possível ao contratante impossibilitado materialmente de adimplir com o pactuado requerer a renegociação, para readaptação do vínculo e sua manutenção, o que deve ser resguardado pelos operadores jurídicos, como imperativo jurídico e ético na proteção de um sujeito hipervulnerável. ■

## Referências

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, n. 102, p. 207-230, abr.-jun. 1989.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza Jurídica do Contrato de Consórcio. Classificação dos Atos Jurídicos quanto ao Número de Partes e quanto aos Efeitos. Os Contratos Relacionais. A Boa-Fé nos Contratos Relacionais. Contratos de Duração. Alteração das Circunstâncias e Onerosidade Excessiva. Sinalagma e Resolução Contratual. Resolução Parcial do Contrato. Função Social do Contrato. *Revista dos Tribunais*, n. 832, p. 113-137, fev. 2005.
- \_\_\_\_\_. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado, direito nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *RT*, n. 750, abr. 1998.
- BATTELLO, Silvio Javier. A (In)Justiça dos Endividados Brasileiros: uma análise evolutiva. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 211-229, 2006.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. Bancos de Dados e Superendividamento do Consumidor: cooperação, cuidado e informação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 50, p. 36-57, 2004.
- \_\_\_\_\_; LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao Projeto Conciliar é Legal – CNJ: Projeto Piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 63, p. 173-201, jul.-set. 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- CALLIGARIS, Contardo. Raciocínios “Motivados”. *Jornal Folha de São Paulo – Caderno Folha Ilustrada*, p. E8, 22-02-2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CARPENA, Heloisa; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 120-148, jul.-set. 2005.
- CASADO, Márcio Mello. Os Princípios Fundamentais como Ponto de Partida para uma Primeira

155 – MIRAGEM, 2005, p. 42.





Análise do Sobreendividamento no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, p. 130-142, jan.-mar. 2000.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Perfil do Superendividamento: referências no Brasil. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 384-398, 2006.

Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. *Endividamento e Sobreendividamento das Famílias Conceitos e Estatísticas para a sua Avaliação*. Disponível em: <[http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf\\_estudos\\_realizados/estudo\\_parte2%20cap\\_1.pdf](http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf)>. Acesso em: 17-06-2006.

CONSALTER, Rafaela. Novas Tendências da Atuação da Defensoria Pública na Defesa do Consumidor Necessitado. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 355-370, 2006a.

\_\_\_\_\_. *O Perfil do Superendividado no Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <[http://www.adpergs.org.br/restrito/arq\\_artigos30.pdf](http://www.adpergs.org.br/restrito/arq_artigos30.pdf)>. Acesso em: 09-05-2006b.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a, 142 p.

\_\_\_\_\_. O Direito do Consumidor e a Técnica do Prazo de Reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 258-272, 2002b.

\_\_\_\_\_. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 230-254, 2006.

EFING, Antônio Carlos. O Dever do Banco Central do Brasil de Controlar a Atividade Bancária e Financeira: aplicando as sanções administrativas previstas no Sistema de Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26, abr.-jun. 1998, p. 18-26.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil do Agente Bancário e Financeiro Segundo as Normas do Código de

Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, p. 105-124, abr.-jun. 1996a.

\_\_\_\_\_. Sistema Financeiro e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 17, p. 65-84, jan.-mar. 1996b.

DANZ, Erich. *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*. 3ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, 396 p.

DELGADO, José. O Contrato no Código Civil e a sua Função Social. *Revista Jurídica*, n. 322, 2004.

DICKERSON, Mechele. *Superendividamento do Consumidor: uma perspectiva norte-americana*. Aula Magna proferida no Seminário Internacional *Repensando o Direito do Consumidor (MJ-PNUD): os desafios atuais no Brasil e nos EUA*. Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, 02-10-2007.

ENEI, José Virgílio Lopes. Contratos Coligados. *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 132, p. 111-128, out.-dez. 2003.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, v. 2, Barcelona: Bosch, 1954.

FABIAN, Christoph. *O Dever de Informar no Direito Civil*. São Paulo: RT, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Função Social do Direito Privado. *Revista Jurídica*, n. 349, Porto Alegre: Notadez, p. 53-92, nov. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. *A Contribuição da Psicologia Econômica: trajetória e perspectivas de trabalho*. Disponível em: <<http://www.gradiva.com.br/psieco.htm>>. Acesso em: 08-05-2006.

\_\_\_\_\_. *Psicologia Econômica: história e perspectivas de trabalho*. Disponível em: <<http://www.gradiva.com.br/psieco.htm>>. Acesso em: 08-05-2006.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobreendividamento: a outra face do crédito. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 23-43, 2006.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Enunciado: o credor pode ser instado a mitigar o próprio prejuízo. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (org.) *Jornada de Direito Civil*, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 168-178, 2005.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GLANZ, Semy. Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito. *Revista da EMERJ*, n. 1-2, p. 105-114, 1998.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa*. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/~lqm/down6.doc>>. Acesso em: 22-08-2006.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

JAYME, Eric. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir UFRGS*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003, p. 62.

\_\_\_\_\_. Identité culturelle et intégration le droit internationale privé postmoderne. In: *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*. V. 2. Haye, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247; REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KILBORN, Jason J. Comportamentos Econômicos, Superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 66-104, 2006.

KIRCHNER, Felipe. Os Novos Fatores Teóricos de Imputação e Concretização do Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 65, p. 63-113, jan.-mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Os Novos Poderes Oriundos do Contrato: readaptação e ruptura do vínculo contratual em razão da impossibilidade material. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 62, p. 40-85, abr.-jun. 2007.

KLOEPFER, Michael. *Auf dem Weg zum Umweltstaat? Die Umgestaltung des politischen und wirtschaftlichen Systems der Bundesrepublik Deutschland durch den Umweltschutz insbesondere aus rechtswissenschaftlicher Sicht*. Umweltrecht. 3. Aufl. München: Verlag, 2004.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste, 1989, 620 p.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A Teoria das Redes Contratuais e a Função Social do Contrato: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832, p. 100-111, fev. 2005.

\_\_\_\_\_. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Clarissa Costa de. A resolução do contrato na nova teoria contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 85-105, jul.-set. 2005.

\_\_\_\_\_. BERTONCELLO, Karen Rick Danilevitz. Tratamento do Crédito ao Consumo na América Latina e Superendividamento. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 191-210, 2006.





LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao Consumidor e Superendividamento – Uma Problemática Geral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, p. 57-64, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma Teoria Sistemica del Contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51-77, jan.-mar. 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998a.

\_\_\_\_\_. Redes Contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceiros. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 28, p. 22-58, out.-dez. 1998b.

\_\_\_\_\_. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Direito do Consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Dezesseis anos do Código de Defesa do Consumidor*. Palestra proferida no Meeting Jurídico Federasul, 23-08-2007.

\_\_\_\_\_. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003.

\_\_\_\_\_; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Novos Temas na Teoria dos Contratos: confiança e o conjunto contratual. *Revista da AJURIS*, ano XXXII, n. 100, p. 73-97, dez. 2005a.

\_\_\_\_\_. Sugestões para uma Lei sobre o Tratamento do Superendividamento de Pessoas Físicas em Contratos de Créditos de Consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 11-52, jul.-set. 2005b.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; NEVES, Vitor; FRADE, Catarina; LOBO, Flora; PINTO, Paula;

CRUZ, Cristina. *O Endividamento dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 544 p.

\_\_\_\_\_. Novas Reflexões Sobre o Princípio da Função Social dos Contratos. *Estudos de Direito do Consumidor: separata*, n. 7, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005a.

\_\_\_\_\_. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (org.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*, v. 4, São Paulo: Método, 2005b.

\_\_\_\_\_. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da ‘Ética da Situação’. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. TEPELINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Renovar, p. 163-186, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual. TEPELINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. São Paulo: Renovar, p. 307-324, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56, p. 22-45, out.-dez. 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, v. 2, 2<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOOR, Fernanda Stracke. Liberdade contratual como direito fundamental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 38, n. 152, out.-dez. 2001.

MOREIRA, Alice. *O que é psicologia econômica*. Belém: LAPE. Disponível em: <<http://www.cpgp.ufpa.br/lape/portug/contato.htm>>. Acesso em: 08-05-2006.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos Conexos: grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 22-08-2006.
- OLIBONI, Marcella Lopes de Carvalho Pessanha. O Superendividamento do Consumidor Brasileiro e o Papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 168-176, jul.-set. 2005.
- PAISANT, Gilles. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 1º de Agosto de 2003 sobre a Cidade e a Renovação Urbana. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56, p. 221-242, out.-dez. 2005a.
- \_\_\_\_\_. El Tratamiento del Sobreendeudamiento de los Consumidores en Derecho Francês. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42, p. 9-26, abr.-jun. 2002.
- \_\_\_\_\_. A Reforma do Procedimento de Tratamento do Superendividamento pela Lei de 29 de Julho de 1998, Relativa à Luta contra as Exclusões. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, p. 239-258, jul.-set. 2005b.
- PEREIRA, Wellerson Miranda. *Serviços Bancários e Financeiros na Europa: as diretrizes e normas aplicáveis*. Ensaio apresentado na Cadeira “Direito do Consumidor e Mercosul” no PPGDir UFRGS, 2005.
- \_\_\_\_\_. Superendividamento e Crédito ao Consumidor: reflexões sob uma perspectiva de direito comparado. MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Superendividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 158-190, 2006.
- RAAIJ, W. Fred Van. *História da Psicologia Económica*. Disponível em: <<http://www.verarita.psc.br/portugues.php?id=fredvanraaij>>. Acesso em: 08-05-2006.
- RAMSAY, Ian. A Sociedade do Crédito ao Consumidor e a Falência Pessoal do Consumidor (Bankruptcy): reflexões sobre os cartões de crédito e a Bankruptcy na economia da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 63, p. 231-258, jul.-set. 2007.
- REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Campinas: Bookseller, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O Direito como Experiência*. São Paulo, 1968.
- REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Teoria e Prática do Direito: concubinato e sociedade concubinária*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A Constitucionalização do Direito Civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, p. 729-755, 1998.
- ROOPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, 371 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 39, p. 53-86, 2002.
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Galdino; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 551-602, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mímino Existencial e Direitos Humanos. *Revista Interesse Público*, n. 32, p. 213-226, 2005.
- SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso. *Revista da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 99, p. 259-279, 2005.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A Função Social do Contrato no Novo Código Civil e sua Conexão com a Solidariedade Social. SARLET, Ingo Wolfgang. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 127-150, 2003.





\_\_\_\_\_. *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 165 p.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista da Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul (AJURIS)*, n. 103, set. 2006.

TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudo de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-46, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 42, p. 69-78, 1990.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Laterza, 1999.

ZACCARIA, Giuseppe. *Questioni di Interpretazione*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1996.

# Poder Judiciário celebra convênios com a Seguradora Líder



Foto: Imprensa do TJ

**Ney Wiedemann Neto<sup>1</sup>**

Desembargador da 6<sup>a</sup> Câmara Cível  
do TJRS

As ações judiciais envolvendo o seguro DPVAT são velhas conhecidas dos magistrados gaúchos com jurisdição em matéria cível, pois representam significativa proporção do volume de ações em curso na maioria das comarcas do Estado.

Com o propósito de agilizar e facilitar a tramitação desses processos, o Poder Judiciário celebrou recentemente três convênios com a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, que visam a simplificar os procedimentos para a citação das seguradoras e para a realização das perícias médicas e, ainda, realizar mutirões de conciliação.

O primeiro convênio (Processo ThemisAdmin n. 0139-11/000273-5, Termo de

Cooperação n. 103/2012-DEC, publicado no DJE em 1º-10-2012) tem por objetivo a realização de perícias médicas judiciais em ações envolvendo o seguro DPVAT, que serão custeadas pela Seguradora Líder S/A, independente de qual seja a seguradora no polo passivo da ação, integrante do consórcio de seguradoras do seguro DPVAT.

**“Com o propósito de agilizar e facilitar a tramitação desses processos, o Poder Judiciário celebrou recentemente três convênios com a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, que visam a simplificar os procedimentos para a citação das seguradoras e para a realização das perícias médicas e, ainda, realizar mutirões de conciliação.”**

O magistrado indicará perito de sua confiança, cujos honorários, em valor prefixado de R\$ 250,00, serão suportados pela Seguradora Líder S/A, independentemente do resultado do laudo.

Com esse procedimento, superam-se as dificuldades constatadas para o IML (Instituto Médico Legal) realizar as perícias, ou mesmo o DMJ (Departamento Médico Judiciário). O primeiro, que se posicionava no sentido de somente realizar perícias em procedimentos criminais; o segundo, que se encontra com volume de perícias para realizar muito além da sua capacidade, sendo motivo de demora no encerramento dos processos.

1 – Coordenador do NIAJ (Núcleo de Inovação e Administração Judiciária da Escola Superior da Magistratura da AJURIS – [www.niajajuris.org.br](http://www.niajajuris.org.br)).





Também diminuiu o volume de recursos (agravos de instrumento) discutindo a respeito de quem é o ônus da prova e a responsabilidade pelo custeio dos honorários periciais, já que essas questões restam prefixadas no convênio, a cargo da Seguradora Líder S/A.

O próprio DMJ (Departamento Médico Judiciário) dispõe de nominata de médicos peritos em diversas especialidades, tanto na Capital como nas comarcas do Interior do Estado, que poderá ser consultada pelos magistrados para a nomeação de peritos, não só para a instrução processual, como também para um esforço de conciliação entre as partes.

A perícia judicial é essencial para apurar a ocorrência ou não de invalidez permanente e para a quantificação do valor devido, em caso positivo. A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez (Súmula n. 474 do STJ).

O segundo convênio (processo ThemisAdmin n. 0010-10/002725-0, Convênio n. 043/2013-DEC, publicado no *DJE* em 06-05-2013) tem por objetivo centralizar o endereço para remessa de citações e intimações referentes a ações judiciais, de todas as comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo exclusivamente o seguro DPVAT.

A centralização do endereço para remessa das citações e intimações irá simplificar a operação dos cartórios judiciais, tornando mais célere a tramitação das ações. O endereço único é válido para citar ou intimar tanto a Seguradora Líder quanto qualquer outra

seguradora que tenha sido demandada como integrante do consórcio do seguro DPVAT.

Todas as citações e intimações devem ser remetidas ao Sindicato das Seguradoras do Rio Grande do Sul, sito na Avenida Otávio Rocha, n. 115, 7º andar, CEP 90020-904, Porto Alegre – RS.

Nos termos do convênio, caberá ao Poder Judiciário, a partir da distribuição judicial do processo, cadastrar esse endereço para a remessa das citações e intimações, providenciando o envio de intimações e de citações pelos Correios, com aviso de recebimento (AR).

O terceiro convênio entre o Poder Judiciário e a Seguradora Líder S/A se deu, por meio de expedientes avulsos, no sentido da realização de diversos mutirões de conciliação, tanto no âmbito do 2º Grau, no TJRS, quanto no 1º Grau, na Comarca de Porto Alegre e em várias comarcas do Interior do Estado.

Nesses mutirões de conciliação, a quantidade de acordos foi significativa, sendo coordenados pelos magistrados que integram a Central de Conciliações do Poder Judiciário e assistidos por médicos peritos indicados pelo DMJ (Departamento Médico Judiciário) que na ocasião das audiências de conciliação realizavam avaliação médica dos autores, para comprovação de invalidez e quantificação do seu grau, em caso positivo.

Com essas medidas simples e práticas, acreditamos que a tramitação dos processos será mais ágil e eficiente, sendo, portanto, importante a sua divulgação, para que possam os magistrados delas fazer uso na sua atividade jurisdicional. ■



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



**TERMO DE COOPERAÇÃO N° 103/2012-DEC**

**PROCESSO N° 0139-11/000273-5**

**DEPARTAMENTO COMPRAS - DEC**

**TERMO DE COOPERAÇÃO** que celebram o **PODER JUDICIÁRIO DO RS** e a **SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A**, objetivando a realização de perícias médicas judiciais em ações envolvendo o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - **DPVAT**.

**NOME E QUALIFICAÇÃO DAS PARTES**

**PRIMEIRO PARTÍCIPER:** **PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, inscrito no **CNPJ** sob o n° **89.522.064/0001-66**, com sede nesta Capital, na Praça Marechal Deodoro, 55, adiante denominado simplesmente **PODER JUDICIÁRIO**, por intermédio de seu Representante Legal, competente para o ato.

**SEGUNDO PARTÍCIPER:** **SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A**, inscrito no **CNPJ** sob o n° **09.248.608/0001-04**, com sede no Rio de Janeiro/RJ, na Rua Senador Dantas, n° 75, 5º andar, Bairro Centro, CEP 20031-205, telefone (21) 3861.4600, adiante denominado simplesmente **SEGURADORA LÍDER - DPVAT**, por intermédio de seu Representante Legal, competente para o ato.

**CONSIDERANDO** que o seguro DPVAT é o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, criado pela Lei n° 6.194/74, alterada pelas Leis 8.441/92, 11.482/07 e 11.945/09, com a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional;

**CONSIDERANDO** que a **SEGURADORA LÍDER - DPVAT**, consoante normas aplicáveis às operações do Seguro Obrigatório DPVAT, é gestora dos Consórcios do Seguro DPVAT, responsável pela liquidação de todos os pedidos de DPVAT independentemente de qual tenha sido a entidade demandada;

**CONSIDERANDO** que muito embora a Lei n° 6.194/74 determine que o Instituto Médico Legal elabore laudo que constate e quantifique eventual ocorrência de invalidez decorrente de acidentes de trânsito, em muitos locais do Brasil as vítimas não dispõem de Instituto Médico Legal para quantificação de suas

H:\COMPRAS\DEC 2012\CONVÉNIOS\103-12\_DPVAT\_Termo Cooperação SEGURADORA LÍDER.doc

1/4





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



lesões, ou os laudos emitidos não quantificam os seus danos na forma da lei;

**CONSIDERANDO** que as perícias judiciais, nos casos em que as vítimas alegam terem sido acometidas de invalidez permanente, são essenciais para identificação da legitimidade da parte como beneficiário do Seguro DPVAT e do valor que lhe é devido conforme legislação vigente;

**CONSIDERANDO** que a maioria das ações que envolvem o Seguro DPVAT referem-se a pedidos de indenizações por invalidez permanente e que, em razão dessa exigência legal de graduação da invalidez permanente da vítima, a quantidade de perícias judiciais vem crescendo;

**CONSIDERANDO** que o aumento das perícias médicas para essa finalidade sobrecarrega os órgãos públicos competentes para essa aferição, sem que haja dotação orçamentária, estrutura física e de pessoal compatíveis com o aumento dessas demandas;

**CONSIDERANDO** que a Seguradora Líder DPVAT tem por missão viabilizar o acesso aos benefícios do seguro DPVAT a todos usuários em território nacional, não tendo interesse em retardar o andamento processual mas, ao revés, em identificar, com rapidez, quem são os legítimos beneficiários das indenizações DPVAT e os exatos valores a indenizar conforme legislação vigente;

Os participes, que se sujeitam às normas da Lei Federal nº 8.666/93 e demais alterações posteriores, resolvem firmar o presente instrumento, de acordo com as cláusulas e condições seguintes:

#### CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

**1.1.** Com o presente Termo de Cooperação, os participes comprometem-se a implementar ações conjuntas, observada a legislação em vigor, objetivando o estabelecimento das bases de cooperação entre as partes, no âmbito das suas respectivas áreas de atuação, com vistas à realização de perícias médicas judiciais em ações envolvendo o **Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos automotores de Via Terrestre - DPVAT**.

#### CLÁUSULA SEGUNDA - DA OPERACIONALIZAÇÃO

**2.1.** A realização das perícias judiciais poderá ser indicada pelos Magistrados em quaisquer ações que envolvam o **Seguro DPVAT**, independentemente de qual seja a entidade/seguradora

H:\COMPRAS\DEC 2012\CONVÉNIOS\103-12\_DPVAT\_Termo Cooperação\_SEGURADORA LÍDER.doc

2/4

(9)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



demandada.

**2.2.** O Magistrado indicará perito de sua confiança, ficando facultada às partes a indicação de assistentes técnicos para acompanhamento das avaliações médicas.

**2.3.** As perícias realizadas serão pagas pela **Seguradora Líder DPVAT** a um valor fixo de **R\$ 250,00** (duzentos e cinquenta reais), independentemente do seu resultado (constatação ou não de invalidez permanente da vítima periciada).

#### CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

**3.1.** Dar ciência a todos os Magistrados competentes para julgamento de ações relacionadas ao **Seguro DPVAT** acerca do conteúdo do presente Termo de Cooperação.

**3.2.** Garantir a indicação de perito judicial e as intimações: da parte autora para realização da perícia médica; e de ambas as partes para ciência de que a perícia poderá ser acompanhada por assistentes técnicos de ambas as partes.

**3.3.** Sugerir a adoção do modelo indicado no Anexo I.

#### CLÁUSULA QUARTA – DAS OBRIGAÇÕES DA SEGURADORA LÍDER

**4.1.** Receber as intimações acerca das perícias judiciais designadas e providenciar assistentes técnicos para acompanhamento das avaliações médicas.

**4.2.** Providenciar o pagamento das perícias judiciais realizada processo a processo, a um valor fixo individual de **R\$ 250,00** (duzentos e cinquenta reais, independentemente do resultado da avaliação médica realizada e da gravidade da lesão apresentada pela vítima/autor da ação.

**4.3.** Providenciar as comprovações dos pagamentos das perícias judiciais realizadas nos autos, na forma da lei.

#### CLÁUSULA QUINTA – DA VIGÊNCIA

**5.1.** O presente Termo de Cooperação terá **vigência de 12 (doze) meses**, a partir da publicação da respectiva Súmula no Diário da Justiça Eletrônico, podendo ser prorrogada, de comum acordo entre as partes, até o limite de 60 (sessenta) meses.

#### CLÁUSULA SEXTA – DA RESCISÃO

**6.1.** O presente instrumento poderá ser rescindido de

H:\COMPRAS\DEC 2012\CONVÉNIOS\103-12\_DPVAT\_Término\_Cooperação\_SEGURADORA LÍDER.doc

3/4





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



comum acordo entre as partes, ou unilateralmente, por inadimplemento de quaisquer de suas cláusulas, em conformidade com a legislação em vigor.

#### CLÁUSULA DÉCIMA - DO FORO

**10.1.** As questões porventura oriundas deste instrumento deverão ser, preliminarmente, resolvidas em comum acordo entre as partes e, na impossibilidade, fica eleito o Foro da Comarca de Porto Alegre, para dirimir litígios oriundos deste Termo de Cooperação.

E, por estarem de pleno acordo, os partícipes assinam o presente instrumento, em **02 (duas) vias** de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo, para que produza seus efeitos jurídicos e legais.

Porto Alegre, 28 de setembro 2012.

PODER JUDICIÁRIO DO RS

SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS  
DO SEGURO DPVAT S/A

CADASTRADO NO SISTEMA TJRS-ERP/THEMA SOB	
Nº	- 1 -
DATA DISPONIBILIZAÇÃO DJE	
03 / 30 / 12	
<i>Tadih</i>	
Servidor/Estagiário	

Testemunhas:

*Vanduelli Kubras*

*Murilo*

*Grau*

*Brite Flores*  
*Lizete do Carmo Flores*,  
Oficial Superior Judiciário, Mat. 13064029  
DEC - Palácio da Justiça

Anexo I**AVALIAÇÃO MÉDICA**

[Art. 31º da Lei 11.945 de 4/6/2009 que altera a Lei 6.194 de 14/12/1974]

**Informações da Vítima**

Nome completo: \_\_\_\_\_

CPF: \_\_\_\_\_

Endereço completo: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_**Informações do acidente**

Local: \_\_\_\_\_

Data do Acidente: / /

**Concordância com a realização da avaliação médica**

Declaro que as informações da vítima e do acidente, acima indicadas, são verdadeiras e que compareci, por livre e espontânea vontade, para realização da avaliação médica para fins de conciliação em razão do processo judicial nº \_\_\_\_\_, para pagamento de indenização DPVAT por invalidez permanente, do qual figura como autor e que tramita na \_\_\_\_\_ Vara Cível ou JEC da Comarca de \_\_\_\_\_ - (\_\_\_\_\_.)

Local, data.

Assinatura da vítima

**Avaliação Médica**

I) Há lesão cuja etiologia (origem causal) seja exclusivamente decorrente de acidente pessoal com veículo automotor de via terrestre?

Sim  Não  Prejudicado

Só prosseguir em caso de resposta afirmativa.

II) Descrever o quadro clínico atual informando:

a) qual (quais) região(ões) corporal(is) encontra(m)-se acometida(s);  
\_\_\_\_\_

b) as alterações (disfunções) presentes no patrimônio físico da Vítima, que sejam evolutivas e temporalmente compatíveis com o quadro documentado no primeiro atendimento médico hospitalar, considerando-se as medidas terapêuticas tomadas na fase aguda do trauma.  
\_\_\_\_\_

III) Há indicação de algum tratamento (em curso, prescrito, a ser prescrito), incluindo medidas de reabilitação?

Sim  Não

Se SIM, descreva a(s) medida(s) terapêutica(s) indicada(s):  
\_\_\_\_\_





IV) Segundo o exame médico legal, pode-se afirmar que o quadro clínico cursa com:

- a)  disfunções apenas temporárias
- b)  dano anatômico e/ou funcional definitivo (sequelas)

Em caso de dano anatômico e/ou funcional definitivo informar as limitações físicas irreparáveis e definitivas presentes no patrimônio físico da Vítima.

V) Em virtude da evolução da lesão e/ou de tratamento, faz-se necessário exame complementar?

- Sim, em que prazo:
- Não

*Em caso de enquadramento na opção "a" do item IV ou de resposta afirmativa ao item V, favor NÃO preencher os demais campos abaixo assinalados.*

VI) Segundo o previsto na Lei 11.945 de 4 de junho de 2009 favor promover a quantificação da(s) lesão(ões) permanente(s) que não seja(m) mais suscetível(is) a tratamento como sendo geradora(s) de dano(s) anatômico(s) e/ou funcional(is) definitivo(s), especificando, segundo o anexo constante à Lei 11.945/09, o(s) segmento(s) corporal(is) acometido(s) e ainda segundo o previsto no instrumento legal, firmar a sua graduação:

Segmento corporal acometido:

- a)  **Total**

(Dano anatômico ou funcional permanente que comprometa a íntegra do patrimônio físico e/ou mental da Vítima).

- b)  **Parcial**

(Dano anatômico e/ou funcional permanente que comprometa apenas parte do patrimônio físico e/ou mental da Vítima). Em se tratando de dano parcial informar se o dano é:

b.1  **Parcial Completo** (Dano anatômico e/ou funcional permanente que comprometa de forma global algum segmento corporal da Vítima).

b.2  **Parcial Incompleto** (Dano anatômico e/ou funcional permanente que comprometa apenas em parte a um (ou mais de um) segmento corporal da Vítima).

b.2.1) Informar o grau da incapacidade definitiva da Vítima, segundo o previsto na alínea II, § 1º do art. 3º da Lei 6.194/74 com redação introduzida pelo artigo 31 da Lei 11.945/2009, correlacionando o percentual ao seu respectivo dano, em cada segmento corporal acometido.

**Segmento Anatômico**  
1ª Lesão

**Marque aqui o percentual**

10% Residual  25% Leve  50% Média  75% Intensa

2ª Lesão

10% Residual  25% Leve  50% Média  75% Intensa

3ª Lesão

10% Residual  25% Leve  50% Média  75% Intensa

4ª Lesão

10% Residual  25% Leve  50% Média  75% Intensa

Observação: Havendo mais de quatro sequelas permanentes a serem quantificadas, especifique a respectiva graduação de acordo com os critérios ao lado apresentados:

Local e data da realização do exame médico:

Assinatura do médico – CRM

## ANEXO – Artigo 3º. da Lei no. 6.194 de 19 de dezembro de 1974

Danos Corporais Totais Repercussão na Integra do Patrimônio Físico	Percentual da Perda
Perda anatômica e/ou funcional completa de ambos os membros superiores ou inferiores	100%
Perda anatômica e/ou funcional completa de ambas as mãos ou de ambos os pés	
Perda anatômica e/ou funcional completa de um membro superior e de um membro inferior	
Perda completa da visão em ambos os olhos (cegueira bilateral) ou cegueira legal bilateral	
Lesões neurológicas que cursem com: (a) dano cognitivo-comportamental alienante; (b) impedimento do senso de orientação espacial e/ou do livre deslocamento corporal; (c) perda completa do controle esfíncteriano; (d) comprometimento de função vital ou autonômica	
Lesões de órgãos e estruturas crânio-faciais, cervicais, torácicos, abdominais, pélvicos ou retro-peritoneais cursando com prejuízos funcionais não compensáveis de ordem autonômica, respiratória, cardiovascular, digestiva, excretora ou de qualquer outra espécie, desde que haja comprometimento de função vital	
Danos Corporais Segmentares (Parciais) Repercussões em Partes de Membros Superiores e Inferiores	Percentual da Perda
Perda anatômica e/ou funcional completa de um dos membros superiores e/ou de uma das mãos	70%
Perda anatômica e/ou funcional completa de um dos membros inferiores	50%
Perda anatômica e/ou funcional completa de um dos pés	25%
Perda completa da mobilidade de um dos ombros, cotovelos, punhos ou dedo polegar	
Perda completa da mobilidade de um quadril, joelho ou tornozelo	
Perda anatômica e/ou funcional completa de qualquer um dentre os outros dedos da mão	10%
Perda anatômica e/ou funcional completa de qualquer um dos dedos do pé	
Danos Corporais Segmentares (Parciais) Outras Repercussões em Órgãos e Estruturas Corporais	Percentual da Perda
Perda auditiva total bilateral (surdez completa) ou da fonação (mudez completa) ou 50 da visão de um olho	50%
Perda completa da mobilidade de um segmento da coluna vertebral exceto o sacral	25%
Perda integral (retirada cirúrgica) do baço	10%

**Lei nº 11.945, de 04 de Junho de 2009 – Artigos relacionados à Perícia Médica**

Art. 31. Os arts. 3º e 5º da Lei no 6.194, de 19 de dezembro de 1974, passam a vigorar com as seguintes alterações:

\*Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguirem, por pessoa vitimada:

§ 1º No caso da cobertura de que trata o inciso II do caput deste artigo, deverão ser enquadradas na tabela anexa a esta Lei as lesões diretamente decorrentes de acidente e que não sejam suscetíveis de amenização proporcionada por qualquer medida terapêutica, classificando-se a invalidez permanente como total ou parcial, subdividindo-se a invalidez permanente parcial em completa e incompleta, conforme a extensão das perdas anatômicas ou funcionais, observado o disposto abaixo:

- I - quando se tratar de invalidez permanente parcial completa, a perda anatômica ou funcional será diretamente enquadrada em um dos segmentos orgânicos ou corporais previstos na tabela anexa, correspondendo a indenização ao valor resultante da aplicação do percentual ali estabelecido ao valor máximo da cobertura; e
- II - quando se tratar de invalidez permanente parcial incompleta, será efetuado o enquadramento da perda anatômica ou funcional na forma prevista no Inciso I deste parágrafo, procedendo-se, em seguida, à redução proporcional da indenização que corresponderá a 75% (setenta e cinco por cento) para as perdas de repercussão intensa, 50% (cinquenta por cento) para as de média repercussão, 25% (vinte e cinco por cento) para as de leve repercussão, adotando-se ainda o percentual de 10% (dez por cento), nos casos de sequelas residuais.

\*Art. 5º

§ 5º O Instituto Médico Legal da jurisdição do acidente ou da residência da vítima deverá fornecer, no prazo de até 90 (noventa) dias, laudo à vítima com a verificação da existência e quantificação das lesões permanentes, totais ou parciais.

Art. 32. A Lei no 6.194, de 19 de dezembro de 1974, passa a vigorar acrescida da tabela anexa a esta Lei.





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONVENIO Nº 043/2013.MC



PROCESSO Nº 0010-10/002725-0

DEPARTAMENTO COMPRAS - DEC

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DEPARTAMENTO DE COMPRAS - DEC	
Disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico	
Do dia <u>06/05/2013</u>	
Ass.	<u>Bizzi Flores</u>
Nome: <u>Bizzi Flores</u> Órgão: <u>Oficial Superior Judiciário, Mat: 1306499</u> DEC - Palácio da Justiça	

**TERMO DE CONVÉNIO** que celebram o PODER JUDICIÁRIO DO RS e a SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, objetivando centralizar o endereço para remessa de citações e intimações referentes a ações judiciais, de todas as Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo exclusivamente o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - DPVAT.

NOME E QUALIFICAÇÃO DAS PARTES

**PRIMEIRO PARTÍCIPER:** PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, inscrito no CNPJ sob o nº 89.522.064/0001-66, com sede nesta Capital, na Praça Marechal Deodoro, 55, adiante denominado simplesmente PODER JUDICIÁRIO, por intermédio de seu Representante Legal, competente para o ato.

**SEGUNDO PARTÍCIPER:** SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A, inscrito no CNPJ sob o nº 09.248.608/0001-04, com sede no Rio de Janeiro/RJ, na Rua Senador Dantas, nº 75, 5º andar, Bairro Centro, CEP 20031-205, telefone (21) 3861.4600, adiante denominado simplesmente SEGURADORA LÍDER - DPVAT, por intermédio de seu Representante Legal, competente para o ato.

**CONSIDERANDO** que o seguro DPVAT é o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, criado pela Lei nº 6.194/74, alterada pelas Leis 8.441/92, 11.482/07 e 11.945/09, com a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional;

**CONSIDERANDO** que a SEGURADORA LÍDER - DPVAT, consoante normas aplicáveis às operações do Seguro Obrigatório DPVAT, é a gestora dos Consórcios do Seguro DPVAT, responsável pela liquidação de todos os pedidos de DPVAT independentemente de qual tenha sido a entidade demandada;

**CONSIDERANDO** que a Seguradora Líder DPVAT tem por missão viabilizar o acesso aos benefícios do seguro DPVAT a todos usuários

H:\COMPRAS\DEC 2013\CONVÉNIOS\SEGURADORA  
Intimações\_Ações Seguro DPVAT.doc

LÍDER\_Convênio\_Centralização

Endereço\_

Citações-

1 / 4

*(Handwritten signatures and initials follow)*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



em território nacional, não tendo interesse em retardar o andamento processual mas, ao revés, em identificar, com rapidez, quem são os legítimos beneficiários das indenizações DPVAT e os exatos valores a indenizar conforme legislação vigente;

**CONSIDERANDO** que a centralização do endereço para remessa de citações e intimações relacionadas ao DPVAT irá simplificar a operação dos Cartórios das Varas Cíveis e dos Juizados Especiais Cíveis do PODER JUDICIÁRIO, tornando mais célere a tramitação das respectivas ações judiciais;

Os convenentes, que se sujeitam às normas da Lei Federal nº 8.666/93 e demais alterações posteriores, resolvem firmar o presente instrumento, de acordo com as cláusulas e condições seguintes:

#### CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

**1.1.** O presente Termo de Convênio objetiva **centralizar o endereço** para remessa de todas as **citações e intimações** relativas a **ações judiciais**, de todas as Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, envolvendo exclusivamente o **DPVAT**.

**1.2.** Todas as **citações e intimações** referidas na subcláusula anterior devem ser remetidas ao **Sindicato das Seguradoras do Rio Grande do Sul, sito na Avenida Otávio Rocha, nº 115, 7º andar, CEP: 90020-904, Porto Alegre/RS**.

#### CLÁUSULA SEGUNDA - DA OPERACIONALIZAÇÃO

**2.1.** As ações judiciais referidas neste instrumento devem ter como demandadas a **SEGURADORA LÍDER - DPVAT** ou qualquer das Seguradoras integrantes dos Consórcios de Operação do Seguro DPVAT.

**2.2.** Somente ações judiciais que tratem exclusivamente do Seguro DPVAT podem ser objeto do presente convênio.

**2.3.** Quaisquer citações ou intimações encaminhadas à **SEGURADORA LÍDER - DPVAT** e que não tratem exclusivamente do seguro DPVAT serão devolvidas em até **30 (trinta) dias** aos cartórios judiciais que expediram os respectivos mandados, para que procedam à citação das próprias Seguradoras Réis.

**2.4.** O endereço fixado para remessa/recebimento das **citações e intimações**, objeto deste instrumento, é o constante da **subcláusula 1.2.**

H:\COMPRAS\DEC 2013\CONVÉNIOS\SEGURADORA Intimações\_Ações Seguro DPVAT.doc 9 LíDER\_Convênio Centralização Endereço\_ Citações-

2 / 4



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



#### **CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO**

**3.1.** Providenciará a remessa das citações e intimações relativas a ações judiciais exclusivas do Seguro DPVAT, pelos Correios, com Aviso de Recebimento (AR), como dispõe o art. 221 e 222 do CPC.

**3.2.** Determinará que, já a partir da **Distribuição Judicial**, haverá o cadastramento do endereço fixado pelo presente instrumento, na **subcláusula 1.2**, para a remessa das citações e intimações.

**3.3.** Instruirá aos cartórios judiciais para que igualmente observem a correção do endereçamento fixado para as citações e intimações, independentemente do que consta na petição inicial.

**3.4.** Dará ciência, mediante Ofício-Circular, a todos os Escrivães e Magistrados, competentes para julgamento de ações relacionadas ao **Seguro DPVAT**, acerca do conteúdo do presente Termo de Convênio.

#### **CLÁUSULA QUARTA – DAS OBRIGAÇÕES SEGURADORA LÍDER – DPVAT**

**4.1.** Receber as citações e intimações acerca das ações envolvendo exclusivamente o Seguro DPVAT.

**4.2.** Por força de acordo operacional com o Sindicato das Seguradoras do Rio Grande do Sul, manter funcionário para recepção dessas citações e intimações.

#### **CLÁUSULA QUINTA – DA VIGÊNCIA**

**5.1.** O presente Termo de Cooperação terá **vigência de 12 (doze) meses**, a partir da publicação da respectiva Súmula no Diário da Justiça Eletrônico, podendo ser prorrogada, de comum acordo entre as partes, até o limite de 60 (sessenta) meses.

#### **CLÁUSULA SEXTA – DA RESCISÃO**

**6.1.** O presente instrumento poderá ser rescindido de comum acordo entre as partes, ou unilateralmente, por inadimplemento de quaisquer de suas cláusulas, em conformidade com a legislação em vigor.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



#### CLÁUSULA SÉTIMA - DO FORO

**7.1.** As questões porventura oriundas deste instrumento deverão ser, preliminarmente, resolvidas em comum acordo entre as partes e, na impossibilidade, fica eleito o Foro da Comarca de Porto Alegre, para dirimir litígios oriundos deste Termo de Cooperação.

E, por estarem de pleno acordo, os partícipes assinam o presente instrumento, em **02 (duas) vias** de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo, para que produza seus efeitos jurídicos e legais.

Porto Alegre, 03 de maio 2013

PODER JUDICIÁRIO DO RS

SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS  
DO SEGURO DPVAT S/A

Testemunhas:

# Dupla maternidade: o afeto se sobrepõe à lei!

Neste mês de agosto, na condição de Juíza Substituta na Comarca de São Francisco de Assis, prolatei sentença reconhecendo a possibilidade de duas crianças terem seus registros civis alterados, para a inclusão do nome da mãe e dos avós maternos socioafetivos em suas certidões de nascimento, sem a exclusão do nome da mãe e dos avós biológicos.

É isso mesmo: as crianças terão em suas certidões de nascimento duas mães e quatro avós maternos – circunstância que particulariza o julgamento e me permite tecer algumas considerações.

No caso julgado, as crianças tinham dois e sete anos de idade quando a mãe biológica, acometida de câncer, faleceu, sendo que os irmãos foram separados, passando a morar com parentes distintos, em razão da desestrutura da família e do intenso sofrimento que abatia o genitor. Passado mais de um ano e meio, o pai biológico iniciou o namoro com a atual mãe socioafetiva das crianças, o que culminou em casamento, tendo ela auxiliado a família na superação do luto, na reunião dos irmãos e na formação da personalidade dos infantes. De-corridos sete anos de convivência, as crianças e a “madrasta” fortaleceram os vínculos de afeto e ingressaram em juízo, postulando o reconhecimento da filiação socioafetiva.

O ordenamento jurídico não prevê a possibilidade de dupla maternidade, mas também não a proíbe, razão pela qual entendo que o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica.

Como operadora do direito, a primeira coisa que questionei foi por que não retirar o nome da mãe biológica e inserir o da socioafetiva, como em um caso típico de adoção (?!). A resposta me foi dada por um dos meninos que, apesar da tenra idade, revelou sabedoria guiada pelo sentimento de amor

maternal: “*eu acho que mãe a gente tem que respeitar; ela que pariu a gente, me deu a vida; a outra me deu o sentido da minha vida, me deu um horizonte, cuidou de mim na hora que eu mais precisei, por isso eu prefiro ter o nome das duas na minha certidão de nascimento*”.

As relações de afeto têm desafiado os legisladores que, muitas vezes, arraigados ao preconceito ou ao temor de críticas, silenciam face à realidade que lhes salta aos olhos. Não obstante, o Judiciário, enquanto Poder, deve assumir o papel de garantidor dos direitos fundamentais, concretizando a Justiça, mesmo diante da omissão legislativa.

Hoje a família apresenta-se reestruturada e unida em laços legítimos de afeto e de solidariedade. Portanto, é mister questionar: “*Por que não pode haver duas mães em uma certidão de nascimento, se as crianças, no íntimo de seus corações, as reconhecem como tal?*”

Nesse diapasão, afigura-se inegável que as relações de afeto se sobrepõem à lei e têm reconfigurado a estrutura das famílias modernas, exigindo dos operadores de direito que estejam atentos a tais mudanças para que os direitos possam continuar a serem assegurados, especialmente aqueles inerentes à filiação.

A entidade familiar, de hoje, deve ser entendida como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, amor e desapego material, merecendo ser tutelado pelo Estado.

O acolhimento do pedido, além de apresentar reais vantagens aos menores, resguardando os direitos relativos a alimentos e à sucessão, em caso de eventual separação ou falecimento, protege a família estruturada em laços legítimos de afeto e de solidariedade, o que revela a concretização da Justiça, observando que as normas e os postulados jurídicos são elaborados com a missão precípua de produzir felicidade e não injustiça.

Comarca de São Francisco de Assis  
 Vara Judicial  
 Rua Floriano Peixoto, 1616

**Processo nº:** 125/1.12.0001221-8 (CNJ:0003264-62.2012.8.21.0125)

**Natureza:** Declaratória

**Autor:** D.B.G.E., J.A.L.C.G.E.J. e C.E.L.C.G.E.N.

**Réu:**

**Juiz Prolator:** Juíza Substituta – Dr<sup>a</sup>. Carine Labres

**Data:** 07/08/2013

Vistos etc.

**D.B.G.E., J.A.L.C.G.E.J. e C.E.L.C.G.E.N.** ajuízam **AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA SEM EXCLUSÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA**, aduzindo que, quando do falecimento da mãe biológica, J.A. e C.E. possuíam 07 e 02 anos de idade, respectivamente. Tempos após o falecimento, o pai dos menores iniciou o namoro com a autora, tendo os filhos espontaneamente manifestado o desejo de morarem com ela, formando-se forte vínculo afetivo, razão do ajuizamento da presente demanda. Requerem a procedência do pedido, declarando-se a maternidade socioafetiva de D., sem exclusão da maternidade biológica, passando os menores a se chamar J.A.L.C.B.G.E.J. e C.E.L.C.B.G.E.N. Juntam documentos (fls. 02/109).

Declarada a suspeição do Magistrado Titular por motivo de foro íntimo (fl. 110).

Intimado, o Ministério Público opina pelo recebimento da inicial (fls. 115/116).

Recebida a inicial e ordenada a realização de estudo social (fl. 117).

Laudos psicológicos e sociais às fls. 121, 131/132.

Designada audiência de instrução, procedeu-se à colheita do depoimento pessoal e à oitiva de testemunhas (fls. 143/167).

Intimado, o Ministério Público, em parecer final, opina pela procedência do pedido de adoção (fls. 170/173).

É o relatório.

Decido.

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais de existência e de desenvolvimento válido e regular do feito, não havendo nulidades a serem declaradas, nem preliminares a serem apreciadas, passo, desde já, ao exame do mérito.

Os autores almejam a declaração de maternidade socioafetiva de D.B.G.E. em relação a J.A.L.C.G.E.J. e a C.E.L.C.G.E.N., sem exclusão da mãe biológica, T.E.L.C.G.E.. O pedido, em síntese, caracteriza hipótese de adoção, mas sem exclusão da mãe biológica, não havendo norma expressa no ordenamento jurídico que respalte a pretensão.

A matéria é polêmica, mas o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. No caso trazido à lume, exige-se do Julgador que, na interpretação da lei, leve em consideração os postulados maiores do direito universal, observando a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem para toda a vida de qualquer indivíduo.

Nesse norte, há necessidade de ser verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos de J.A. e de C.E., pois são questões indissociáveis entre si. Sob tal prisma, passo a analisar o pleito.

A mãe biológica, **T.E.L.C.G.E.**, faleceu em 15 de abril de 2006, conforme certidão de fl. 57. Os filhos J.A. e C.E. possuíam, na época, 07 e 02 anos de idade, respectivamente (certidões de nascimento às fls. 55/56).

Do que se depreende das provas coligidas aos autos, a doença da genitora abalou a estrutura familiar, exigindo do varão J.E. que se dividisse entre os cuidados à saúde da esposa e o trabalho, não lhe sobrando tempo, nem controle emocional para criar e satisfazer as necessidades dos filhos, em especial do menor, C.E., razão de os tê-los deixado aos cuidados de familiares.

Segundo o depoimento de **D.B.**, o namoro com J.E. iniciou em junho de 2007, sendo que eles não mantinham qualquer relacionamento anterior. Relatou D. que, em março de 2008, C.E. manifestou o interesse em residir em sua companhia, tendo D. o levado para sua casa. Na sequência, J.J. também acompanhou o irmão e passou a residir com D., culminando com J.E. concordando e respeitando o desejo dos filhos, passando também a residir com eles, formando todos uma família.

Sobre a relação com os menores e a formação do vínculo afetivo, transcreve-se o depoimento de D.:

**“Juíza: E como é que é a tua relação com as crianças?**

Requerente: Com as crianças, eu tenho uma relação boa com as crianças, assim ó: eu comecei a namorar o J., nós começamos né, por insistência dele, eu não conhecia ele, daí ele me procurou, a gente começou a conversar, a sair, a jantar e numa ocasião ele foi a... Tinha uma audiência em Porto Alegre e eu saí do trabalho e passei pra ver as crianças na casa da mãe dele, que as crianças estavam com a mãe dele naquele momento, eu peguei o menor, que o menor queria ir comigo, ficar comigo, que ele tava, ele morava com a tia dele anteriormente, a tia dele ficou doente, daí ele foi morar com a avó e a adaptação com a avó, fazia um mês que ele tava lá, não era legal, ele brigava muito com ela e ela também, era uma senhora de idade já, não tinha muita paciência com ele né e daí eu cheguei lá e ele tava desesperado chorando, pedindo que eu levasse ele embora, que ele queria ir embora, que ele não queria ficar lá, daí eu levei o C.E. pra morar comigo, pra posar comigo.

**Juíza: Isso foi quando?**

Requerente: Isso foi em 98, 97, 2007, desculpa.

**Juíza: 2007?**

Requerente: 2007. Daí ele ficou comigo aquela noite, daí o irmão dele me ligou pedindo que ele fosse também, daí eu voltei, busquei o irmão dele, e daí eles ficaram lá em casa pra posar comigo até que o pai deles retornasse de viagem né, daí o pai deles retornou depois daquilo, daí a mãe dele não queria mais que ele ficasse lá com as crianças porque as crianças eram muito bagunceiras naquela época,...

(...)

**Juíza: Quando é que começou essa identificação dos pequenos como sendo tua a figura materna deles?**

Requerente: Foi muito rápida, até eu me assustei no início porque eles se apegaram a mim assim muito fácil, muito rápido, porque eles tinham muita carência e daí eles não tinham estrutura de casa, de ter o quarto deles, de ter a vida deles, eles eram totalmente desregrados porque como a morte da mãe deles foi muito rápida, repentina, desestruturou toda a família. Eles perderam o vínculo porque o maior foi morar com o pai na casa da avó e o menor ficou com a tia que era babá. Então ele não tinha vínculo com o pai, o menor, ficou quase um ano sem ter muito contato diariamente com o pai né e o pai também, até ele conseguir entender o que tinha

acontecido, a situação, desestruturou a família e depois quando a gente começou, formulou de novo a família, eles começaram a ter contato entre os irmãos, que eles não tinham, eles não se identificavam como irmãos e daí como a Denise ela é professora, pedagoga, ela tinha cursos de florais e daí ela foi me ajudando a juntar esses irmãos né e...

Juíza: Tu me disseste agora que eles não se identificavam como irmãos...

Requerente: Porque eles tiveram pouco contato.

(...)

Juíza: O J., pra ele ter a tua pessoa como uma referência materna, foi quanto tempo?

Requerente: Foi quando o irmão dele começou a me chamar de mãe. Porque eles me chamavam de tia D. e daí veio automático, ele queria, ele precisava dessa referência de mãe, ele não queria não ter mãe, ele mesmo comentava que ele queria ter mãe e quando o irmão dele começou a me chamar, automaticamente o maior começou, o J. começou também.

Juíza: Tu chegou a explicar pra eles qual era o teu papel na família?

Requerente: Sim, eles sabem, eles são bem conscientes nisso.

Juíza: Como é que tu explicaste isso?

Requerente: Que eu era namorada do pai deles, que eu era tia D. e que eu não era mãe e que eles têm mãe, que a mãe deles faleceu, foi uma fatalidade da vida né.” (fls. 146/150).

**C.E.** relatou não ter lembranças da mãe biológica, pois, quando do falecimento, tinha apenas dois anos de idade. Disse ter morado com sua tia e, após o falecimento da mãe, passou a morar com a avó. Relatou ter brigado com sua avó, com quem residia, tendo ela ligado para D. que o buscou e levou para sua residência. Disse que seu irmão ligou, logo em seguida, pedindo para ir morar junto com eles. Afirmou que, no início, chamava D. de “tia” e, quando do casamento com seu pai, passou a chamá-la de “mãe”. Questionado sobre a relação com D., disse ter sido ela quem lhe ensinou a ler e a fazer contas. Questionado sobre a mãe biológica, afirmou, sem hesitar, que sua genitora é T.E., referindo-se à D. como “mãe de coração”. Seguem trechos de seu depoimento:

“Juíza: C. me diz uma coisa: tu sabe quem é a tua mãe biológica?

Requerente: T.E.

Juíza: Tu sabe que é ela?

Requerente: É.

Juíza: Tu sabe que isso nunca vai apagar da tua vida?

Requerente: Uhum. Eu digo pra todo mundo que eu saí da barriga da mãe D.

Juíza: Tu diz que tu saiu da barriga da mãe D.?

Requerente: É.

Juíza: Tu sabe que a mãe D. é uma mãe de coração né?

Requerente: É.

Juíza: Isso tu tem bem presente?

Requerente: Ahã.

Juíza: E o irmão, o J.J., quando é que ele começou a chamar a D. de mãe, tu te lembra?

Requerente: Eu acho que é quando a mãe e o pai se casaram.

Juíza: Tu chegou a pedir pra ele chamar ela de mãe também?

Requerente: Não, eu acho que ele que começou, pelo que eu me lembro.

Juíza: Vocês nunca se combinaram assim de começar a chamar a tia D. de mãe?

Requerente: Não, eu chamei ela de mãe né.

Juíza: Tu que quis?

Requerente: É.

Juíza: Ninguém pediu pra ti isso?

Requerente: Não.

(...)

Juíza: Tu gosta dela, tu te sente bem com ela?

Requerente: Me sinto. Hoje de manhã eu acordei e fui lá pra cama da mãe, pra abraçar ela.” (fls. 150/153).

**J.A.** relatou que, quando sua mãe faleceu, tinha sete anos de idade, guardando boas recordações da genitora. Disse que, atualmente, chama D. também de “mãe”, porque ela lhe ensinou a ter responsabilidades e ser uma pessoa honesta. Manifestou o desejo de que D. apareça em sua certidão de nascimento como mãe, sem exclusão da biológica, afirmando ser isto uma forma de respeito à sua genitora que lhe deu a vida e uma forma de reconhecimento à D. que lhe amparou quando mais precisou. Seguem trechos de seu depoimento:

“Juíza: Quem é a tua mãe?

Requerente: Minha mãe é T.E.L.C., também chamo a D. de mãe também.

Juíza: Tu chama ela de mãe?

Requerente: Com certeza.

(...)

Juíza: E o que estreitou essa relação de vocês?

Requerente: Ah estreitou porque assim, eu via que ela... Eu assim eu nunca pedi muito carinho, eu sempre fui mais quieto e o meu irmão, eu via que ela dava carinho pro meu irmão, e aquela época ali eu não tinha ninguém pra me dar carinho, o pai trabalhava bastante, então eu precisava, e era a época que eu tava, que eu tava precisando também porque eu tava chegando nos dez anos mais ou menos e precisava de uma mãe e sempre que se aproximava o dia das mães na escola todo mundo fazia um trabalho e eu não tinha pra quem dar né, daí eu sempre perguntava pro pai, “ah eu vou dar pra R.”, que era uma secretária do pai ou a vó, na maioria das vezes eu dava mesmo pra vó. Daí depois daquele dia ali eu decidi a dar pra ela os presentes assim de dia das mães e o G. sempre, sempre os trabalhos que ele fez na aula sempre ele dava pra ela e quando a gente foi morar lá na casa dela, sempre nos aniversários, o primeiro aniversário que eu me lembro era do G., que faz em agosto, é bem próximo do aniversário da mãe que é 24, o dele é dia 18 e teve uma festa uma vez pro aniversário da mãe e daí fizeram também pro G. e a partir dali que eu vi que ela gostava e daí o meu aniversário ia ser a dois meses seguintes né, dia 08, daí fizeram uma festa, ali que começou a estreitar.

Juíza: Tu chama a D. de mãe?

Requerente: Sim, desde o começo assim que a gente foi morar, que o G. que começou a falar isso sempre né, daí eu vendo isso decide chamar ela de mãe.

Juíza: Tu te decidiu por ti mesmo?

Requerente: Sim.

Juíza: O teu pai chegou a te pedir alguma vez pra chamar ela de mãe?

Requerente: No começo assim o meu pai disse assim, no começo assim ele dizia que tava namorando ela, mas não disse a pessoa certa, depois aquele dia na invernaada, numa reunião, que o pai levou ela, daí que eu... eu já conhecia ela né, então eu vi, o pai já falava, eu vi que ele saía assim pra... saía assim, um dia saiu pra jantar

com ela, então eu vi que ele tava namorando, mas eu não perguntei nada.

Juíza: J. me diz uma coisa: quando eu te perguntei quem era a tua mãe tu me referiu que era a T.

Requerente: Sim.

**Juíza: Tu tem isso bem consciente de que a T. é a tua mãe biológica?**

**Requerente: Sim, com certeza. Eu acho assim também que a D. é uma mãe porque ela que me criou, me fez eu ter responsabilidade, fez ser honesto com as pessoas, tudo isso ela que me ensinou.**

Juíza: Te deu educação, é isso?

Requerente: É.

Juíza: É a tua mãe do coração, é isso?

Requerente: Sim.

Juíza: J. me diz uma coisa: a tua certidão de nascimento consta o nome da tua mãe T.

Requerente: Sim.

Juíza: Se esse nome sair da tua certidão de nascimento e aparecer o nome da D., isso não ficar uma coisa estranha?

Requerente: Assim, eu preferia ter o nome das duas.

Juíza: Por que?

**Requerente: Porque eu acho que assim que a mãe a gente tem que respeitar ela, a que pariu a gente, a biológica e a outra mãe que me deu o sentido da minha vida né, me deu o horizonte assim, que cuidou de mim na hora que eu mais precisei, na hora que todo mundo na escola dava um presente pra mães e eu não tinha pra quem dar e foi essa época aí que o pai conheceu ela, eu acho assim.**

Juíza: Ela é uma pessoa importante pra ti?

Requerente: Com certeza.

Juíza: E me diz uma coisa: tu já está com 14 anos, vai te inscrever no vestibular, vai aparecer lá “nome da mãe” e aí, como é que vamos fazer?

Requerente: Eu vou... Vai ser o nome da minha mãe que... O nome das duas porque as duas são importantes e no vestibular eu quero fazer direito, quero trabalhar com futebol e ela me apóia muito nisso, a minha mãe D., me apóia que eu faça o que eu quiser porque é uma escolha minha.

Juíza: Pra ti é importante que o nome dela apareça na tua certidão?

Requerente: Sim.

Juíza: Quanto de importante?

Requerente: As pessoas vêm assim a minha mãe, as pessoas acham assim, quem não conhece a minha história pensa que ela é minha mãe mesmo, que me pariu assim, principalmente o G. que é muito semelhante com a família dela, até eu sou um pouco mais alto assim, então dá pra, ninguém compara, mas o G. mais que..." (fls. 153/159)

Os depoimentos de C.E. e de J.J. evidenciam, com clareza solar, a posse do estado de filho em relação à D., fruto de longa e estável convivência, baseada no afeto e considerações mútuas.

As testemunhas ouvidas em juízo revelaram que, perante a comunidade, C.E. e J.J. são vistos como verdadeiros filhos de D., a ponto de que aqueles que não os conhecem, considerá-los parentes, em razão da conduta de afeto e intenso amor destinado por ela aos menores. Nesse sentido, transcrevem-se as declarações:

### L.F.L.A.:

"Juíza: O senhor pode me relatar qual é a relação da senhora D. com as crianças, o J.J. e o C.E.?

Informante: Eu tive uma maior convivência com o Dr. J. porque ele é presidente da subseção da O.A. e isso nos aproximou de certa forma, daí algumas vezes frequentei a casa do Dr. J. e os filhos criaram um vínculo de amizade, principalmente como E. e o meu filho mais velho, e eu no início eu pensava que o E. fosse filho né, um dia o Dr. J. até me participou, nós conversamos, ele tem um receio de falecer, até foi submetido a uma cirurgia há pouco tempo, como que seria a questão se ele falecesse, ele tinha essa preocupação muito grande com as crianças, eu até coloquei a situação da adoção, eu achava que era mais... Não nesse tipo de adoção, mas adoção direta né, nós conversamos um dia, mas até então eu pensava que fosse filho. (...)

Juíza: As crianças em relação a D., como que é a relação? É uma relação de afeto?

Informante: Sim, principalmente o J. O E.

Juíza: O E.?

Informante: O J. já é mais adolescente, eu não percebi assim, mas ele já é mais adulto, ele é um guri um pouquinho precoce assim, ele conversa como se fosse adulto. Eu não posso dizer que ele tenha relações de afeto, mas o E. trata como se fosse mãe. Quando nós estamos juntos e acontece alguma coisa ela que atende, ele que chama por ela.

Juíza: A referência deles é ela, a D.?

Informante: É. Referência como mãe é. " (fls. 160 e verso).

### S.M.D.G.:

"Informante: A falecida né, mãe das crianças. Então assim, eu conhecia a B. de, assim, formalmente de rua, não tinha uma relação tão estreita e com o Dr. J. também ali, era uma relação mais... e a D. eu trabalhava no hospital com ela né e daí depois que a B. faleceu, algum tempo depois né, eu acho que até um ano, em torno disso, eu não tenho uma data precisa assim de quanto tempo né, que a D. começou a conhecer o Dr. J. e começou a se relacionar né, que daí a gente começou a acompanhar e assim, era uma coisa que a gente admira muito, eu e o meu esposo, a gente sempre comenta em casa, é a relação dela com as crianças, no início até meio assim, de ver, um fato que marcou muito foi uma época num CTG, num jantar de dia das mães né que a gente ficou assim emocionado porque as crianças tinham acabado de passar por um trauma né, fazia um tempo que, relativamente eu acho que um ano que a mãe dele ou mais, acho que já fazia mais que a mãe dele tinha falecido, que o G. foi entregar uma rosa pra D. no dia das mães assim. Ele foi assim com aquele olhar assim brilhando sabe, então a gente que é mãe, tão emocionante assim que tu sentia assim, aquela afetividade dele né, entre eles, aquela relação entre eles né e assim, a proximidade tanto do G. como do J., claro o J. maior né, mas aquela proximidade deles.

Juíza: Esse vínculo de afeto é legítimo na sua visão?

Informante: Legítimo.

(...)

Juíza: Na comunidade aqui de S.F. a D. ela é vista como mãe do J. e do E.?

Informante: Sim, assim a... Sim, é vista como mãe. " (fls. 160-v/162)

**D.C.M.:**

“Juíza: Esse afeto da D. com as crianças foi uma coisa espontânea, que aflorou de forma natural ou ela buscou isso pra manter a relação com o J.?

Informante: Não, eu acho assim ó: a relação dela, ela tinha preocupação de como as crianças estavam emocionalmente né, porque eles estavam muito machucados né, tinham perdido a mãe, eles tavam um em cada lugar, quer dizer, a família tinha desmanchado então o que eu aconselhei ela “isso tem que voltar a ser uma família”, então assim ó “tu vai ter que conquistar essas crianças no sentido de trazer né” porque ia ter muita dor, eu como mãe assim, um em cada lado e ela tendo um relacionamento com o pai. Eu digo “tu tem a chance de reconstituir isso aí”.

Juíza: Essa aproximação da D. com o J. ela foi posterior ao falecimento da genitora, da mãe biológica?

Informante: Sim, sim. Bem depois.

(...)

Juíza: E aquele papel de mãe, difícil da mãe, de dizer um não, de colocar regra?

Informante: Mas eu acho que ela colocou muitas regras porque essas crianças estavam precisando assim ó... Eles ficaram assim ó, um ficou com a tia né e o outro ficou com o pai, então acho que a D. colocou eles, questão de horário de tomar banho, de... o G. tinha uma alimentação meio errada quando a gente se conheceu e eu dizia “não pode isso, não pode aquilo”, colocava essas coisas.

(...)

Informante: Eu não lembro que fase que foi porque faz tempo assim, mas assim, era “tia D., tia D.” e chegou um momento que o G., eu acho que foi o G. que pediu, não lembro, pra chamar, se ele podia chamar ela de mãe, então acho que isso não tem imposição, é uma coisa...

Juíza: Ele pediu a ela autorização pra chamar ela de mãe?

Informante: Pediu assim, se ele podia chamar ela de mãe né, por enquanto eles chamavam...

(...)

Juíza: Essa família na sua visão está estruturada num afeto legítimo?

Informante: Eu acredito nisso, senão não estaria aqui.” (fls. 162/163).

**H.J.G.R.:**

“Juíza: E como é que é a D. no trato do E. e do J.?

Testemunha: Olha como uma mãe devotada como difícil se consegue.

(...)

Juíza: A D. na vida dos dois, do E. e do J., assume a posição de uma referência materna?

Testemunha: Exatamente.

(...)

Juíza: Esse afeto das crianças pela D. é legítimo?

Testemunha: Eu acho que é legítimo, porque a gente nota que isso aí brota de dentro deles mesmos.” (fls. 163-v/165)

**V.L.B.T.:**

“Juíza: E a D. conhecendo o J., como é que foi a aproximação dela com as crianças? Como é que isso surgiu?

Testemunha: Ela se aproximou das crianças, as crianças na realidade que se aproximaram dela né, porque acabaram se mudando pra casa dela.

Juíza: Como é que foi isso?

Testemunha: Pois ela, as crianças estavam na casa da dona... Da mãe do J., aqui na G.M., próximo ao CTG, e o Dr. J. não estava na Comarca, a D. foi fazer uma visita, saindo de lá, o pequeno fez a bagagem dele, a sacolinha e quis acompanhar a D. (...)

Testemunha: Decidiu ir morar, ele sempre foi muito decidido. Decidiu ir morar com a D., pegou a sacola e foi pra casa da D.. Quando o pai dele chegou, eles estavam na casa da D., a D. morava lá na M.C., lá na Zona Alta da cidade, a casa dela, propriedade dela.

Juíza: Dali pra frente eles não saíram mais de perto da D.?

Testemunha: Não, não quiseram mais sair.

Juíza: Qual é a referência da D. na vida dessas crianças?

Testemunha: Como mãe. Eles a chamam de mãe.

(...)

Juíza: Esse sentimento da D. com as crianças é algo espontâneo ou é algo que surgiu no primeiro momento pra manter a relação com o J.?

Testemunha: Olha Doutora, surpreendentemente é espontânea, porque eu vou lha dizer uma coisa, eu me surpreendo. Eu sou mãe, eu tenho uma filha de quinze anos, me surpreendo e me emociono, porque eu... É difícil eu acreditar que uma moça solteira que nem a D., assumiu uma família, um homem com dois meninos e o papel de mãe e brotar esse sentimento de mãe, ser mãe assim da forma como a D. é. E eu não acredito que ela vá mudar daqui pra frente o que ela foi até hoje.” (fls. 165-v/167).

Além da prova testemunhal, as fotografias colacionadas aos autos revelam a efetiva participação de D. na vida de C.E. e de J.J., contribuindo para a formação sadia da personalidade deles, sobressaindo em todas as imagens a expressão de felicidade intensa.

C.E. e J.J. vêm sendo criados com amor e D. virou referência de figura materna para eles, pois, dentre outros fatores, ajudou-os a superar as dificuldades decorrentes da perda precoce da mãe biológica. Hoje, a família encontra-se reestruturada e formada em laços legítimos de afeto e solidariedade – ambiente que se revela adequado ao desenvolvimento sadio da personalidade dos infantes.

A avaliação psicológica evidencia que os menores tiveram boa elaboração do processo de luto da genitora, não apresentando trauma emocional, o que evidencia amadurecimento e consciência em elegerem D. como referência materna (fl. 121).

O estudo social, realizado na residência dos autores, demonstrou que D. é chamada de mãe pelos menores, demonstrando nutrir forte e verdadeiro afeto, revelado na dedicação e tratamento dirigido a C.E. e a J.J., conforme parecer que se transcreve:

*“Realizou-se visita domiciliar na residência da senhora D. no dia 15 de fevereiro de 2013, próximo às 14h e 30min. Recebeu-nos com toda atenção o Senhor J.G.E., dizendo que seus filhos estavam a minha espera. Conversamos bastante sobre assuntos diversos e durante a conversa introduzi questionamentos sobre a convivência familiar, sendo que em todos os momentos os meninos se dizem muito bem, convivem em plena harmonia. J.J. (13anos) estuda em S. convive pouco tempo do dia com a senhora D., mas sempre se refere à mesma como mãe, já C.E. (08anos) tem uma convivência mais direta nota-se que é muito apegado a D. quem sempre se refere chamando de mãe. É notório a olhos nus que o afeto, o carinho, a forma de tratamento e a dedicação com que D. trata seus filhos afetivos.” (fls. 131/132, grifei).*

Trata-se, pois, de situação fática consolidada, eis que os menores chamam D. como “mãe” e são criados por ela como se filhos fossem. A “adoção”, neste caso, representa um ato de amor, desprendimento de D., é um gesto de humanidade, que satisfaz os interesses de C.E. e de J.J.

O Código Civil, em seu art. 1.593, dispõe que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”; a seu turno, a Constituição Federal preconiza a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

O fato de o ordenamento jurídico não prever a possibilidade de dupla maternidade não pode significar impossibilidade jurídica do pedido. Afinal, não são os fatos que se amoldam às leis, mas sim estas são criadas para regular as consequências que advém dos fatos, objetivando manter a ordem pública e a paz social.

As relações de afeto têm desafiado os legisladores que, muitas vezes, arraigados ao preconceito, ao temor de críticas que maculam a imagem daqueles que almejam a reeleição, silenciam face à realidade que lhes salta aos olhos. É preciso amadurecimento da sociedade para que se exija uma conduta ativa dos legisladores a ponto de regulamentarem matérias polêmicas, como a dos autos.

O afeto se sobrepõem à lei e tem reconfigurado a estrutura das famílias modernas, deitando raízes, inclusive, na Carta Magna que institui como um dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Assim, é mister questionar: **“Por que não pode haver duas mães em uma certidão de nascimento, se as crianças, no íntimo de seus corações, as reconhecem como tal?”**

O Julgador deve estar atento a estas mudanças para que possa assegurar os direitos, interpretando princípios e postulados normativos, concretizando a justiça, mesmo diante da omissão legislativa.

Como bem pontuou o nobre Promotor de Justiça:

*“...em casos excepcionais, a maternidade ou a paternidade natural e a civil podem ser reconhecidas cumulativamente, coexistindo sem que uma exclua a outra, sendo denominada, pela doutrina, dupla maternidade, multiparentalidade ou pluriparentalidade.*

***Examinando o presente caso, verifica-se que a se trata de situação excepcional a merecer tratamento especial e diferenciado pelo ordenamento jurídico, a fim de adequar ao mundo das lei uma realidade fática.***” (fl. 171, grifos no original).

Nesse contexto, se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar os direitos das crianças, o deferimento do pedido é medida que se impõe, pois revela-se a melhor solução à medida em que ficará preservado o laço com a mãe biológica e o direito de convívio com a família da genitora, bem como resguardará os direitos relativos a alimentos e à sucessão, em caso de eventual separação ou falecimento.

Cumpre pontuar que a acolhida da manifestação de vontade dos menores no sentido de preservar a maternidade biológica na certidão de nascimento configura respeito à memória da genitora, falecida em razão de ser portadora de doença grave, e de sua família.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já reconheceu a possibilidade de adoção por duas mulheres, diante da existência de “fortes vínculos afetivos” (Resp nº 889852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, Dje 10/08/2010). No caso específico, não se pode negar a pretensão de reconhecimento da maternidade socioafetiva, preservando-se a maternidade biológica.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças e dos adolescentes, chega-se à inarredável conclusão de que, no caso dos autos, há reais

vantagens para os menores o deferimento do pedido, eis que se estabeleceu entre C.E., J.J. e D. forte vínculo afetivo, refletindo o amadurecimento emocional deles que culminou com o pedido, formulado por eles próprios, para a inclusão da “mãe socioafetiva” na certidão de nascimento, sem exclusão da mãe biológica.

Ora, há de se defender os laços afetivos estabelecidos entre D. e os infantes que, no caso, são simultâneos à relação sanguínea, pois os menores não esquecem e não querem esquecer quem é sua mãe biológica, mas reconhecem e sentem D. como “mãe afetiva”. Destarte, tenho que o acolhimento do pedido apresenta reais vantagens para os menores, não havendo elementos que contraindiquem sua perfectibilização, satisfazendo anseio legítimo dos autores e das famílias, sem qualquer reprovação social ou legal.

**Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na AÇÃO DECLARATÓRIA Nº 125/112.00001221-8, para o fim de declarar a maternidade socioafetiva de D.B.G.E. em relação a J.A.L.C.G.E.J. e a C.E.L.C.G.E.N., devendo constar dos assentos de nascimento, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica, o nome de D.B.G.E., com fulcro no art. 269, inc. I do CPC.**

**Os menores passarão a se chamar J.A.L.C.B.G.E.J. e C.E.L.C.B.G.E.N., conforme vontade dos infantes (fl. 50), devendo constar dos assentos de nascimento, sem prejuízo e concomitantemente com o nome dos avós maternos, o nome dos avós socioafetivos, quais sejam: M.B. e L.C.B.**

Com o trânsito em julgado, expeça-se o respectivo mandado ao Registro Civil para que conste do assento de nascimento, sem prejuízo e concomitantemente com a maternidade biológica e o nome dos avós maternos, o nome da mãe socioafetiva e dos avós socioafetivos, nos termos supra.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se, inclusive o Ministério Público.

Oportunamente, baixe-se e arquive-se.

Dil.

São Francisco de Assis, 07 de agosto de 2013.

**Carine Labres,**  
Juíza Substituta.

# Irracionalidade do sistema judicial

**PROCESSO DE EXECUÇÃO. CUSTAS. CRÉDITO DE TITULARIDADE DE SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA. ESCRIVÃO PRIVATIZADO. DISCUSSÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE QUESTÕES RELATIVAS À COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, INCLUSIVE MATÉRIA SUMULADA, SEREM REVISTAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA COMUM, VIA MANDADO DE SEGURANÇA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TAL COMO DECIDIDO EM RECENTE PRECEDENTE, O QUAL, TODAVIA, É ATÉ AGORA ISOLADO E SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SIGNIFICATIVO RISCO AO SISTEMA. REFLEXÕES A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO DA VIA DO *MANDAMUS* PARA DETERMINAÇÃO DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA QUESTÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CASO CONCRETO NO QUAL INEXISTE PRETENSÃO RESISTIDA, RECONHECENDO-SE, POR UMA QUESTÃO DE LÓGICA E RACIONALIDADE, E COM FULCRO NO ART. 6º DA LEI 9.099/95, A EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, FORTE NOS ARTIGOS 267, INC. I E VI E ART. 515, § 3º, TODOS DO CPC.**

- No caso dos autos, tenho que foge por completo ao justo e aos fins sociais da lei que instituiu os Juizados, que se admite o processamento da cobrança de valores atinentes à atividade extremamente bem remunerada, que contraditoriamente vive de custas, sem que haja no mínimo a comprovação de uma tentativa de cobrança extrajudicial, de modo a configurar pretensão resistida.
- Como condição de processabilidade, de modo a caracterizar legítimo interesse de agir, deverá a parte comprovar ter notificado previamente o devedor da existência do crédito ou efetivado o protesto. Demonstrada a inércia da parte, configurada está a pretensão resistida, justificando assim a intervenção do Estado.
- Esclareço, por fim, que a presente decisão não desatende o que foi determinado pelo Tribunal de Justiça, pois se está permitindo o processamento do feito no sistema dos Juizados, apenas que, com base no invocado art. 6º da Lei 9.099/90, por equidade e com vista à função social da lei, vincula-se o processamento à consolidação da pretensão resistida, devendo a parte, como condição de processabilidade no sistema gratuito dos Juizados, demonstrar ter procurado cobrar previamente, de forma efetiva, o crédito na via extrajudicial. Não o fazendo, buscando resgatar crédito que é menor do que o próprio custo do Estado para sua recuperação, afastada fica, por questão de lógica e justiça, a ideia da existência de legítimo interesse de agir.

## EXTINGUIRAM O FEITO, DE OFÍCIO.

RECURSO INOMINADO

Nº 71003551819

MILTON MELLO ARAUJO

PAULO ROBERTO NICHELE BERTONI

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

COMARCA DE PORTO ALEGRE

RECORRENTE

RECORRIDO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Juízes de Direito integrantes da Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, EM **EXTINGUIR O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DR.<sup>a</sup> ADRIANA DA SILVA RIBEIRO (PRESIDENTE) E DR. LUIS FRANCISCO FRANCO.**

Porto Alegre, 23 de maio de 2013.

**DR. CARLOS EDUARDO RICHINOTTI,**  
**Relator.**

### **RELATÓRIO** (Oral em Sessão.)

### **VOTOS**

#### **DR. CARLOS EDUARDO RICHINOTTI (RELATOR)**

Impõe-se, antes de mais nada, fazer algumas considerações em relação a este processo que é, a meu ver, emblemático.

Veja-se que uma Câmara do Tribunal de Justiça, embasada em precedente do STJ, afastou entendimento colegiado das Turmas Recursais, consubstanciado, inclusive, em súmula, para, através de um Mandado de Segurança, estabelecer a competência dos Juizados Especiais para o processamento de ações de cobrança de custas impagadas de escrivães privatizados.

Nestes já longos anos atuando no âmbito dos Juizados, não lembro de circunstância com maior potencialidade lesiva e de fragilização a todo o Sistema, pois se for tomada como regra, todas as questões relativas à fixação de competência estarão sujeitas, no prazo do Mandado de Segurança, a serem revistas no âmbito da Justiça Comum.

Importante ressaltar que a respeitável decisão exarada no aludido *mandamus* não transitou em julgado, pois a Procuradoria do Estado, ciente do risco que se abre com o precedente, ingressou com Recurso Extraordinário e Especial, sendo, pelo que se vê, um entendimento até agora isolado, pois vários são os precedentes do TJ em sentido contrário:

*MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. DECISÃO JUDICIAL ORIUNDA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. TURMAS RECURSAIS CÍVEIS.* O Tribunal de Justiça não tem competência para decidir Mandado de Segurança interposto contra ato de magistrado integrante do Juizado Especial Cível. Resolução nº 02/2005-TJRS. Precedentes desta Corte e do E. STJ. INDEFERIMENTO DA INICIAL. (Mandado de Segurança Nº 70019613017, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 07/05/2007).

*MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO EXARADA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS.* Os Juizados Especiais contam com estrutura própria, desvinculada da Justiça Comum, não possuindo o Tribunal de Justiça competência para rever decisões lá proferidas como se órgão recursal do JEC fosse. Precedentes deste Tribunal e do STJ. INDEFERIMENTO DA INICIAL. (Mandado de Segurança Nº 70018697334, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 22/02/2007).

*MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS PARA APRECIAÇÃO.*

*Tendo o Juizado Especial estruturação própria que não se vincula nem se confunde com a Justiça Comum, o Tribunal de Justiça não possui competência para rever decisões já proferidas como se órgão recursal do JEC fosse. Precedentes jurisprudenciais. Hipótese de indeferimento da inicial. INDEFERIMENTO DA INICIAL. (Mandado de Segurança Nº 70018198051, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 28/12/2006).*

*MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO EXARADA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS PARA APRECIAÇÃO E NÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE E STJ. O Tribunal de Justiça não possui competência para rever decisões proferidas pelo JEC como se órgão recursal fosse. Precedentes deste Tribunal e do STJ. Hipótese de indeferimento da petição inicial. INDEFERIMENTO DA INICIAL. (Mandado de Segurança Nº 70018076026, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 27/12/2006).*

Entendo, contudo, que a questão mereça uma reflexão maior, de modo a que se busque um aperfeiçoamento através de uma regulamentação objetivando o aperfeiçoamento de todo o sistema.

Consigno que o aqui referido não tem qualquer viés crítico à decisão prolatada, não só porque não me cabe, mas até porque registro absoluto respeito e admiração pelos ilustres Desembargadores concessionários da segurança e, em especial, pela ilustre Ministra Nancy Andrighi, relatora do Mandado de Segurança invocado como paradigma, que é, sem dúvida, uma das melhores juristas em atuação no país, cujas decisões, pelo conteúdo jurídico e inovador, tomo como paradigma e norte na minha humilde atuação profissional.

Estabelece o Mandado de Segurança em questão:

***PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. CONTROLE. MANDADO DE SEGURANÇA PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO. IMPETRAÇÃO. PRAZO. EXCEÇÃO À REGRA GERAL.***

- 1. É cabível a impetração de mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça para realizar o controle da competência dos Juizados Especiais, ressalvada a autonomia dos Juizados quanto ao mérito das demandas. Precedentes.***
- 2. O mandado de segurança contra decisão judicial deve, via de regra, ser impetrado antes do trânsito em julgado desta sob pena de caracterizar a incabível equiparação do mandamus à ação rescisória.***
- 3. Como exceção à regra geral, porém, admite-se a impetração de mandado de segurança frente aos Tribunais de Justiça dos Estados para o exercício do controle da competência dos Juizados Especiais, ainda que a decisão a ser anulada já tenha transitado em julgado.***
- 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.***

Entendo, contudo, respeitando posicionamento diverso, que não se pode estabelecer competência através de Mandado de Segurança, até porque surge, a partir daí, uma série de questionamentos e preocupações que me permito externar.

Em primeiro lugar, qual o direito líquido e certo violado pelas Turmas Recursais ao, de forma fundamentada, entender que não são competentes para o processamento de uma determinada matéria?

Hoje, por exemplo, já com a experiência de anos de atuação no âmbito dos Juizados Especiais, posso afirmar, sem medo de errar, que em mais de 50% processos que chegam às Turmas Recursais há a alegação, como defesa indireta, de complexidade do feito, postulando por sua extinção e remessa à Justiça Comum.

Raramente se acolhe esta preliminar. Como será a partir de agora, em se estabelecendo este controle por parte do Tribunal de Justiça da competência via Mandado de Segurança? Fixada a competência pela Turma, será possível o questionamento, via Mandado de Segurança? Quando haverá, a partir de agora, em questões que decidam sobre competência, o trânsito em julgado de uma decisão das Turmas Recursais?

Somam-se a estas indagações outras. A decisão afastada foi proferida por uma Turma de Uniformização, atualmente presidida por um Desembargador. Será possível a revisão e o controle de competência por uma câmara isolada do Tribunal Justiça, quando então, ao final, o que se estabelece, em verdade, é a possibilidade de revisão de decisões por magistrados de igual nível hierárquico?

A meu ver, sempre respeitando entendimento diverso, o controle de competência deve ser feito através do incidente instaurado na fase inicial, quando então, havendo o conflito estabelecido entre Juiz de Direito e o Juiz de Direito Presidente do Juizado Especial, é o Tribunal de Justiça o órgão jurisdicional competente para dirimir a controvérsia.

Em se entendendo que deva o Tribunal de Justiça fazer esse controle nos processos onde não há o incidente de incompetência, para, como na menção feita no processo paradigma, não sejam as Turmas Recursais as últimas a definirem e fixarem competência de determinada matéria, recomendável que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça regulamente a questão, estabelecendo, quem sabe, um órgão específico para análise deste tipo de situação.

O que não pode, a meu ver, seja pela hierarquia antes referida e até para que não se estabeleça uma insegurança e fragilização geral de todo o sistema, que este controle seja feito via Mandado de Segurança, por câmaras isoladas.

Aliás, em sendo assim, havendo competência para todos os órgãos fracionados do segundo grau, corre-se o risco de decisões divergentes e contraditórias.

Assim, proponho, desde já, que cópia deste processo e desta decisão seja remetida à Presidência do Tribunal de Justiça para, se assim entender, regulamentar a questão.

Feita esta introdução, passo à análise do recurso propriamente dito.

Antes de mais nada, impõe-se examinar petição ainda ontem apresentada pela parte recorrente, onde de forma absolutamente equivocada e no mínimo deselegante, pois faz referência a crime de desobediência, reitera posição no sentido de que não há sequer necessidade de julgamento do recurso pendente, bastando cumprir o que foi determinado no mandado de segurança.

Ao que parece não comprehendeu o procurador o alcance do provimento obtido, o qual só estabeleceu que as Turmas Recursais são sim competentes para o processamento de feitos envolvendo custas de escrivães privatizados, mas isso não afasta a necessidade de julgamento de um recurso pendente, interposto pela própria parte, bem como, até pela fixação da competência, não afasta a possibilidade de que o juízo monocrático e o recursal examinem questões outras envolvendo a matéria em questão.

Dito isso, fixada a competência, passo à análise do recurso.

Como antes referido, este processo é emblemático, pois ele permite, antes de mais nada, a partir da controvérsia instalada, examinar-se uma série de circunstâncias que hoje envolvem a jurisdição brasileira, em especial à necessidade de uma revisão urgente da forma de atuação dos operadores do direito.

Não é mais possível que se continue assistindo o caos que se avizinha, simplesmente acolhendo-se, sem questionamentos, com base em teorias, doutrinas e invocação de direitos

ditos absolutos, os quais, na verdade, estão servindo basicamente para mascarar uma preocupante realidade, tornando a Justiça brasileira praticamente inviável.

O Brasil, segundo levantamento do CNJ em números, já possui mais de 90 milhões de processos, sendo que o último levantamento acusa o ingresso de mais de 26 milhões de ações. O Rio Grande do Sul, com uma população de aproximadamente 11 milhões de habitantes, já tem mais de 4 milhões de processos.

O sistema está falido e, infelizmente, a grande maioria dos operadores do direito, em especial aqueles que atuam na função judicante, assistem a tudo, sem um questionamento propulsivo, quase sempre com base em fundamentos teóricos desvinculados com a realidade das pilhas que não param de crescer.

O direito fundamental de acesso à Justiça não pode continuar a ser confundido com acesso à **jurisdição de qualquer forma e por qualquer motivo**, sem a demonstração mínima da existência de pretensão resistida, pois grande parte dos litígios podem e devem ser solvidos pela sociedade, sem a intervenção do Estado.

Sem medo de errar, afirmo, não tem o Estado a menor condição de dar vazão ao crescimento desenfreado da demanda como hoje se verifica. A incapacidade de se dar uma resposta qualificada, a partir da estrutura hoje vigente, há muito já está consolidada, com a perda de qualidade e demora da resposta jurisdicional. O próximo passo é a conflagração absoluta do sistema.

Não pode, como é hoje, o Judiciário ser a primeira, única e mais rentosa porta de solução de litígios. A atividade jurisdicional, em qualquer país civilizado, se dá por exceção; no Brasil, como regra.

E mais, observa-se que esta distorção nasce não da necessidade da população pela solução de conflitos naturais de uma vida em sociedade - razão de ser do Judiciário - mas sim pela pressão advinda de um mercado de trabalho da advocacia, absolutamente esgotado, onde o litígio, marcadamente massificado, passa a ser tratado como um produto de mercado, oferecido, provocado, propagandeadoo.

Esclareço, desde já, que esse fenômeno não tem culpados, pois absolutamente legítima a expectativa de quem despendeu tempo e dinheiro na formação acadêmica e que agora, confrontado pela realidade advinda da necessidade, inclusive da própria sobrevivência, vá buscar o ajuizamento do maior número de processos possível, evitando a solução de eventuais conflitos de formas alternativas e racionais, entre elas a composição extrajudicial.

No entanto, considerando o caos que se avizinha, necessário que se comece a questionar este modelo de atuação jurisdicional, pois, como já referi anteriormente, não há a menor condição de se dar uma resposta minimamente aceitável para essa forma de solução de conflitos, onde a judicialização é regra.

E mais, importante consignar que outros fatores concorrem diretamente para esse danoso fenômeno. A gratuidade da justiça está sendo utilizada de forma absolutamente indevida, tanto que no Rio Grande do Sul, campeão nacional do número de processos por habitante, 70% das demandas são ajuizadas sob o pátio da gratuidade que na verdade não existe, pois este custo, cada vez maior, é imposto à toda a sociedade.

A ausência de custo e risco no ajuizamento de ações resulta como verdadeiro atrativo para que questões menores, muitas sem sequer passar por uma tentativa de composição, sejam levadas ao Judiciário.

Por tudo isso, entre outras medidas práticas, entendo que está na hora de se resgatar a idéia da pretensão resistida como condicionante **do legítimo interesse de agir**, devendo tal pressuposto servir, em regra - preservadas situações excepcionais - em especial àquelas ligadas à urgência, como pressuposto à movimentação da máquina judiciária.

Um bom exemplo prático serve mais do que milhares de palavras para se demonstrar o que aqui se sustenta.

O autor, um dos impetrantes do Mandado de Segurança, é ou foi um escrivão judicial privatizado com atuação na área cível, sendo que os titulares destes cartórios cíveis, conforme informação obtida na Direção do Foro da capital, obtiveram, no último mês de março, uma renda bruta média de R\$ 101.699,09 e líquida de R\$ 64.204,97.

Essas pessoas pretendem resgatar créditos atinentes a custas impagadas em processos judiciais, de valores, na sua maioria, insignificantes, no caso dos autos, equivalente a R\$ 131,36, sem qualquer comprovação de tentativa de cobrança extrajudicial, como, por exemplo, notificação prévia para pagamento ou utilização do sistema de protesto.

Não, simplesmente movimentam toda a estrutura judicial, sem o pagamento de qualquer custa, materializando, inclusive, flagrante distorção, pois segundo dados levantados pelo Tribunal de Justiça, um processo judicial custa, em média, para o Estado, R\$ 400,00, sendo que o levantamento feito pelo CNJ, já com base na média nacional, é ainda maior, correspondendo a um custo de R\$ 1.693,94 por processo.

Ou seja, a distorção é manifesta, pois se está permitindo que pessoas, sem qualquer necessidade financeira, se valham da estrutura judicial, de forma gratuita, repassando parte do ônus de sua atividade para o Estado, quando o custo do processo é maior que o próprio valor perseguido. Qual a lógica e coerência de algo assim?

Até quando se admitirá situações como estas?

E mais, ressalto ainda outro ponto da injustiça materializada, pois pessoas que pertencem ao sistema judicial, dele se valendo com ganhos impensados para qualquer servidor ou magistrado, acabam, de forma indireta, impondo com a gratuidade do serviço, ônus financeiro a servidores pior remunerados, como é o caso, por exemplo, dos Oficiais de Justiça que têm, na hipótese de execução, que se deslocar a sua expensa para cumprimento de diligências.

A posição há muito consolidada nas Turmas Recursais é no sentido de se fechar a porta do sistema gratuito dos Juizados àqueles que têm na recuperação de créditos função inerente à sua atividade e cito, de forma exemplificativa, situações como de pessoas que compram no mercado cheques sem fundo, com grande deságio, e pretendem se valer da estrutura judicial dos Juizados, sem custo e risco, para recuperação dos créditos.

**RECURSO INOMINADO. OBRIGACIONAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE. "CREDOR PROFISSIONAL". EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.** 1. A PARTE AUTORA AJUIZOU DEZENAS, QUIÇÁ CENTENAS, DE AÇÕES DE COBRANÇA DE NOTAS PROMISSÓRIAS E CHEQUES ENDOSSADOS POR TERCEIROS. 2. TAL ATIVIDADE, EXERCIDA COM PRETENSÃO DE LUCRO, CARACTERIZA-SE COMO EMPRESARIAL, SENDO QUE O RITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL, CRIADO PARA SOLUCIONAR QUESTÕES DE MENOR COMPLEXIDADE MOSTRA-SE INCOMPATÍVEL COM A PRETENSÃO DO DEMANDANTE. 3. POR TAI FUNDAMENTOS, NECESSÁRIO SE FAZ A DECRETAÇÃO DA INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL PARA O JULGAMENTO DA AÇÃO. 4. FEITO EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, COM BASE NO ARTIGO 3º, I, DA LEI 9099/95. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO." (ementa extraída do Recurso Cível N° 71003527629, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Julgado em 31/05/2012) Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. Recurso desprovido. Unânime

**RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA.** AUTORA QUE SE DEDICA À ATIVIDADE EMPRESARIAL DE COBRANÇA DE DÍVIDAS, ADQUIRINDO TÍTULOS POR ENDOSSO. INCOMPETÊNCIA DO JEC. Em consulta ao sítio do TJRS, constata-se

que a autora, ora recorrente, possui inúmeras ações de **cobrança** tramitando no **JEC**, o que denota exercer atividade empresarial de **cobrança** de dívidas contidas em títulos que recebe por endosso. Neste quadro, há incompetência do **JEC** para apreciar o pedido. Neste sentido, transcreve-se julgado da Terceira Turma Recursal, Relator Dr. Ricardo Torres Hermann, RI 71003261229, feito no qual figurava como a autora exatamente a ora recorrente: "AÇÃO DE **COBRANÇA**. NOTA PROMISSÓRIA. "CREDOR PROFISSIONAL". EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. 1. A parte autora ajuizou dezenas, quiçá centenas, de ações de **cobrança** de notas promissórias e **cheques** endossados por terceiros. 2. Tal atividade, exercida com pretensão de lucro, caracteriza-se como empresarial, sendo que o rito do Juizado Especial Cível, criado para solucionar questões de menor complexidade mostra-se incompatível com a pretensão do demandante. 3. Por tais fundamentos, necessário se faz a decretação da incompetência do Juizado Especial Cível para o julgamento da ação. Feito extinto, de ofício, sem julgamento do mérito, com base no artigo 3º, I, da Lei 9099/95". Assim, deve permanecer incólume a decisão singular. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71003403003, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrensdorf Gomes da Silva, Julgado em 19/09/2012)

**AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUES. "CREDOR PROFISSIONAL". EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.** 1. A parte autora ajuizou dezenas, quiçá centenas, de ações de **cobrança** de notas promissórias e **cheques** endossados por terceiros. 2. Tal atividade, exercida com pretensão de lucro, caracteriza-se como empresarial, sendo que o rito do Juizado Especial Cível, criado para solucionar questões de menor complexidade mostra-se incompatível com a pretensão do demandante. 3. Por tais fundamentos, necessário se faz a decretação da incompetência do Juizado Especial Cível para o julgamento da ação. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Recurso Cível Nº 71003507266, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 12/04/2012)

Não foi para isso que esta Justiça, um dos últimos resquícios de efetividade da jurisdição, foi criada, transformando o Judiciário em um verdadeiro balcão de cobrança, sem custas e sem riscos.

Até por um processo de lógica, não se justifica que se movimente a estrutura judicial para recuperar um valor que é menor do que o próprio custo do Estado para sua recuperação; mas se assim tiver que ser, como decidido anteriormente, que a parte pague por isso e foi apenas por esta razão que se entendeu pela incompetência dos Juizados Especiais.

Em realidade, novamente invocando a lógica, a insignificância dos valores pretendidos não justifica sequer a movimentação do sistema judicial, seja ele no âmbito especial ou no comum.

Fixada, contudo, a competência dos Juizados, fica a parte submetida as suas especificidades e entre elas, invoco, como razão de decidir, o art. 6º da Lei 9.090/95, que estabelece:

***Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.***

No caso dos autos, tenho que foge por completo ao justo e aos fins sociais da lei que instituiu os Juizados, que se admite o processamento da cobrança de valores atinentes à atividade extremamente bem remunerada, que contraditoriamente vive de custas, sem que haja

no mínimo a comprovação de uma tentativa de cobrança extrajudicial, de modo a configurar pretensão resistida.

Como condição de processabilidade, de modo a caracterizar legítimo interesse de agir, deverá a parte comprovar ter notificado previamente o devedor da existência do crédito ou efetivado o protesto. Demonstrada a inércia da parte, configurada está a pretensão resistida, justificando assim a intervenção do Estado.

Entendo ser este posicionamento o mais justo a ser aplicado neste tipo de situação e ela vem, inclusive, ao encontro de várias decisões desta Turma na tentativa de consolidação da ideia de pretensão resistida e que já encontra, felizmente, eco no âmbito do STJ, conforme o seguinte precedente que teve como relator o eminentíssimo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (AgRG. no Resp. 936.574-SP):

**AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DPVAT. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA PROPOSTURA DE AÇÃO JUDICIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. INÉRCIA DO AUTOR QUANTO A ESTE PEDIDO. REVERSÃO DO ENTENDIMENTO . IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

**1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso da demanda judicial.**

**2. Rever o entendimento firmado pelo acórdão recorrido, no sentido de não formulação do requerimento administrativo, demanda a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na súmula 7/STJ.**

**3. O tema constitucional em discussão (infastabilidade do acesso ao Poder Judiciário) refoge à alçada de controle desta Corte Superior de Justiça.**

**4. Agravo regimental desprovido.**

Esclareço, por fim, que a presente decisão não desatende o que foi determinado pelo Tribunal de Justiça, pois se está permitindo o processamento do feito no sistema dos Juizados, apenas que, com base no invocado art. 6º da Lei 9.099/90, por equidade e com vista à função social da lei, vincula-se o processamento à consolidação da pretensão resistida, devendo a parte, como condição de processabilidade no sistema gratuito dos Juizados, demonstrar ter procurado cobrar previamente, **de forma efetiva**, o crédito na via extrajudicial.

Não o fazendo, buscando resgatar crédito que é menor do que o próprio custo do Estado para sua recuperação, afastada fica, por questão de lógica e justiça, a ideia da existência de legítimo interesse de agir, pelo que, com base no art. 6º da Lei 9.099/95, bem como nos artigos 267, inc. I e VI e art. 515, § 3º, todos do CPC, **VOTO** pela extinção do feito.

**VOTO**, ainda, pela remessa de cópia deste processo à egrégia Presidência do Tribunal de Justiça, para, se assim entender, regulamentar a questão aqui tratada.

Sem sucumbência, ante o resultado.

### DR. LUIS FRANCISCO FRANCO

Colegas, E. relator.

Já, ao início, registro que estou acompanhando o bem lançado voto do E. relator.

Tratando-se, efetivamente, de questão emblemática para o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, entendi pertinente, somando às bem lançadas ponderações do relator, fazer declaração de voto.

Com efeito, a questão de ordem trazida da tribuna, referente ao mandado de segurança que decidiu, em contrariedade à Súmula nº 23 das Turmas Recursais, ser da competência dos Juizados a execução de custas relativas a processos em que atuaram serventias privatizadas, merece reflexão.

E o faço não com o intuito de descumprir a decisão judicial do E. Tribunal de Justiça do Estado, nos exatos termos já registrados no voto do E. Relator, mas, sim, com o intuito de reforçar que há necessidade de regramento cuidadoso pelo E. Tribunal de Justiça, no sentido de melhor administrar a utilização da via mandamental para controle da competência dos Juizados Especiais Cíveis. Isso porque poderá haver comprometimento do sistema dos Juizados, já que questões alusivas à competência são trazidas, modo recorrente, nos recursos manejados perante às Turmas Recursais. Das decisões das Turmas, poderão advir desdobramentos quanto ao trânsito em julgado e, v.g., falta de uniformidade no trato da matéria, vez que qualquer Câmara do Tribunal julga os mandados de segurança impetrados.

Nesse norte, mostra-se pertinente o encaminhamento da decisão do presente recurso à E. Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, nos exatos termos propugnados pelo E. relator.

No que tange ao acesso ao sistema dos Juizados pelos Srs. Escrivães Privatizados para cobrança de custas judiciais a que fazem jus, absolutamente nada a acrescentar ao brilhante voto do E. relator, já que se coaduna, à perfeição, com o que penso sobre a razão de ser dos Juizados Especiais Cíveis. Não se olvidando que estes foram criados não para desafogar a justiça comum, mas, sim, para permitir acesso a quem se via, contingencialmente, distante do amparo judicial, no que tange a questões de menor complexidade, aqui incluídos hipossuficientes econômicos, credores eventuais e tantos outros cidadãos brasileiros. Para estes, abriu-se a porta da Justiça, criando-se um sistema gratuito, célere e mais informal do que o juízo comum.

Nesse norte, estou acompanhando, integralmente, o voto do E. relator.

**DR.<sup>a</sup> ADRIANA DA SILVA RIBEIRO (PRESIDENTE)**

Eminentes colegas.

A decisão que está sendo cumprida, prolatada no Mandado de Segurança nº 70046641502, julgado pela 11<sup>a</sup>. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do nosso Estado, contém, no entendimento desta magistrada, vários equívocos, fato que coloca em risco o próprio Sistema dos Juizados Especiais Cíveis.

O ato afirmado como ilegal havia sido prolatada pela Turma de Uniformização de Jurisprudência das Turmas Recursais Cíveis, composta por 12 magistrados, ainda sob a égide da Resolução 02/2005-CM , que dispunha sobre o Regimento Interno das Turmas Recursais. Com base no julgamento proferido, fora editada a súmula 23. A ação onde tal fora afirmado era originalmente uma ação executiva, sendo parte autora a escrivã Sinara Regina de Quadros Thomaz.

A inicial do mandamus, alegando ilegal e abusiva a súmula 23 ( lei em tese) postulava a suspensão dos efeitos da referida súmula, a revogação da súmula em, alternativamente, a declaração de que os juizados especiais são competentes para o processamento de ações de cobrança e ações executivas, onde a parte autora é escrivão judicial privatizado.

O acórdão prolatado afastou a ocorrência de qualquer ilegalidade ou irregularidade na edição da súmula 23. Declarou, portanto, que não havia ilegalidade na decisão da Turma de Uniformização de Jurisprudência, porém, mesmo assim, deferiu o pedido alternativo afirmando que os juizados especiais cíveis são competentes para o processamento de ações de cobrança e execuções onde a parte autora seja escrivão judicial privatizado.

Observando que a súmula não foi revogada e que os seus efeitos não restaram suspensos, bem como que o Mandado de Segurança foi interposto por seis escrivães tão só, fato que restringe a decisão prolatada somente aos autores, tem-se agora uma súmula vigente, legal e não abusiva, que só não pode ser aplicada aos autores do Mandado de Segurança.

Além disso, dioturnamente, afirmamos a competência dos Juizados Especiais em julgamentos prolatados. Normalmente a alegação parte de grandes estabelecimentos bancários, grandes empresas de venda ao varejo, concessionárias de veículos e outros tantos de menor repercussão.

Possibilitar que haja Mandado de Segurança ao TJ para discutir a competência afirmada será a criação de mai um meio recursal, não previsto em lei, fato que se afigura, salvo melhor juízo, em constitucionalidade. Além é claro, da possibilidade de decisões divergentes já aventada pelo relator.

Tais fatos, por si só, já se constituem em um problema a ser solvido, agora administrativamente, de tal sorte que concordo com o eminentíssimo Relator no encaminhamento para a Presidência do TJ.

Em cumprimento à decisão, pois, afirmo a competência do Juizado Especial Cível.

Observadas, assim, as ponderações absolutamente explicativas da preocupação que norteia a decisão tomada e o precedente criado, bem como repisando que, por ocasião do julgamento do incidente de uniformização, onde editada a referida súmula, já havia declarado que o sistema dos juizados não pode ser utilizado para cobrança de custas judiciais oriundas de processos que tramitaram na Justiça Comum, pois este não é o norte da Lei nº 9.099/95, tenho que a necessidade de prévia tentativa de cobrança administrativa pelo escrivão é ato absolutamente necessário para caracterizar o legítimo interesse em cobrar custas de um processo que tramitou na justiça comum (onde são devidas custas judiciais) no âmbito dos juizados, onde não há cobrança de custas judiciais (mas onde o Estado está utilizando recursos públicos para permitir o referido acesso à Justiça).

Estou, assim, de pleno acordo com o voto proferido pelo relator.

**DR.<sup>a</sup> ADRIANA DA SILVA RIBEIRO** - Presidente - Recurso Inominado nº 71003551819, Comarca de Porto Alegre: "EXTINGUIRAM O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. UNÂNIME."

Juízo de Origem: 2. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL PORTO ALEGRE - Comarca de Porto Alegre

**Carlos Eduardo Richinitti,**  
Juiz de Direito.

# Banco de dados “Concentre Scoring” e abuso de direito

Comarca de Porto Alegre  
3<sup>a</sup> Vara Cível do Foro Central  
Rua Márcio Veras Vidor (antiga Rua Celeste Gobato), 10

**Processo nº:** 001/1.13.0019862-2 (CNJ: 0024883-95.2013.8.21.0001)  
**Natureza:** Ação de Obrigação de Fazer  
**Autor:** Andre Schnomberger  
**Réu:** Serasa – Centralização dos Serviços dos Bancos S.A.  
**Juiz Prolator:** Juíza de Direito – Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz  
**Data:** 08/05/2013

Vistos.

Trata-se de Ação Ordinária com pedido de constituição de obrigação de fazer cumulada com pretensão indenizatória ajuizada por Andre Schnomberger, em desfavor de Serasa S/A, em que a parte demandante alega que não possui qualquer restrição de crédito. Descobriu a parte que estava cadastrada no chamado Concentre Scoring, não tendo autorizado qualquer inscrição, nem sido notificado acerca da abertura e divulgação dos dados e informações com caráter negativo. Pugna pela aplicação do CDC e pela concessão do benefício da AJG. Requer com a declaração de nulidade e ilegalidade da abertura, manutenção e divulgação do registro e a condenação do demandante ao pagamento de danos morais em favor do demandante.

Foi deferido o benefício da AJG. Devidamente citada, a demandada contestou, alegando, preliminarmente, inépcia da petição inicial, uma vez que não há nos autos prova da negativa de crédito ou restrição creditícia, em razão do score, indicado pelo Serasa. Afirma que o Concentre Scoring não possui qualquer relação com o cadastro positivo, sendo um serviço de análise de operação de crédito que, por meio de uma fórmula matemática relacionada a um modelo estatístico, gerado a partir de informações da base de dados do Serasa e de informações lançadas pelo consultante no momento da consulta. Alega que a utilização da análise de risco de operação de crédito não vincula a decisão do usuário ao resultado da análise do perfil do candidato ao crédito, a decisão pela concessão ou não do crédito é do concedente de crédito. Menciona que a demandante não fez prova da ocorrência de dano e que não há dever de indenizar. Requer a extinção da demandada, alternativamente, pugna pela sua total improcedência.

A demandante apresentou réplica. Não havendo mais provas a produzir, vieram os autos conclusos.

É O RELATO.  
PASSO A DECIDIR.

A controvérsia gira em torno da suposta ilegalidade da abertura e manutenção de registro de dados denominada “Concentre Scoring”, uma espécie de ferramenta utilizada pelo Serasa à disposição das empresas associadas ao grupo, contendo informações acerca de inadimplências existentes em nome dos clientes. Sustenta o demandante que os registros constantes nesses cadastros são de cunho confidencial, não lhe sendo oportunizado o conhecimento.

Necessário, portanto, que inicialmente sejam destacadas algumas noções prévias sobre a questão do armazenamento de informações nominativas em bancos cadastrais, para que se possa, em seguida, avaliar a situação de ilicitude discutida no feito, com eventuais reflexos no âmbito da responsabilização civil pretendida na inicial.

Em relação ao tratamento dispensado à proteção de dados nominativos<sup>1</sup>, matéria que desafia a comunidade jurídica contemporânea relativamente à questão da privacidade, o conceito de autodeterminação informativa tem igualmente contribuído para orientar a atividade do intérprete, ao reconhecer a autonomia do indivíduo tanto dirigida ao controle e à transmissão de informações personalíssimas como encaminhada à possibilidade de acesso à qualquer informação. Dessa forma, fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos numa sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possam ser realizados pelo titular da informação. Ou seja, é uma supervisão efetivada tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados, como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros, reconhecida sempre a possibilidade de interferência do indivíduo neste processo de acesso e correção de dados.

Isto se vê reconhecido, num primeiro momento, a partir do estabelecimento – inclusive legislativo – de um amplo direito de acesso dos indivíduos às suas informações nominativas. O próprio armazenamento de dados pessoais está informado por um princípio de acesso amplo aos titulares das informações, seja para o reconhecimento de existência do próprio registro<sup>2</sup>, seja para a verificação da extensão, veracidade e correção das informações armazenadas. Por isso, ressalta-se a relevância de uma previsão normativa específica, como existente na Lei 8.078/90 (art. 43, parágrafo 2º), impondo a comunicação de registro de dados pessoais do consumidor em cadastro de consumo e crédito. No caso de formação de banco cadastral para o qual não fornece o indivíduo pessoalmente o conteúdo informativo – quanto mais, referindo-se, em regra, ao armazenamento de dados desfavoráveis a seus integrantes pela constatação de uma situação de inadimplência no mercado de consumo (art. 43, parágrafos 4º e 5º) ou pelo oferecimento de reclamações contra fornecedores de produtos e serviços (art. 44) -, fundamental é o titular da informação ter, desde logo – e, portanto, desde o momento do armazenamento de uma informação –, ciência de que integra uma listagem informativa. E tal listagem pode, até mesmo, conter informações que lhe sejam, pelos efeitos gerados, desfavoráveis.

Nesse sentido, inclusive, observa-se o conteúdo da normatização mais recente referente à formação de bancos de cadastro positivo de crédito – referentes a adimplemento e risco de crédito, como no caso em discussão –, esclarecendo que toda a abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula própria (art. 4º da lei 12.414/11).

Se o direito de acesso é marcado, inicialmente, por um princípio de conhecimento acerca do armazenamento de dados, é pelo princípio da transparência ou da publicidade que atinge a realização plena de um conceito de autodeterminação informativa<sup>3</sup>. É que não basta saber

1 – Consideram-se dados nominativos aquelas informações relativas às pessoas físicas identificadas ou identificáveis (no caso, uma identificação direta ou indireta, que possa ser promovida a partir dos dados que se apresentam processados separadamente ou conjuntamente). Os dados nominativos devem corresponder a informações capazes de permitir uma identificação de seus titulares. Ou seja, capazes de criar uma relação de associação a uma pessoa determinada ou determinável em concreto, autorizando, em contrapartida, uma garantia protetiva à sua intimidade e vida privada.

2 – Novamente, aqui, a autorização e o interesse público na criação de um banco cadastral interfere na própria extensão a ser considerada para um direito de acesso. Há bancos cadastrais que dispensam a comunicação ao titular da informação, pelo simples fato de que o armazenamento é pressuposto pelo tipo de atividade que desenvolvem num setor público ou privado. Por exemplo, em relação a bancos cadastrais de organismos associativos (seguridade social, clubes privados), aos quais o indivíduo, de forma deliberada, forneceu informações pessoais bastante precisas tendo em vista uma finalidade associativa determinada. Neste caso, a relevância do acesso não se fará tão evidente quanto à existência do registro propriamente, mas sim quanto à veracidade, correção e manutenção das informações armazenadas.

3 – Agostinho Eiras chega a afirmar que um direito mais concreto à autodeterminação informativa se desdobra em outros tantos direitos que visam assegurar a atuação do indivíduo frente a seu patrimônio informativo: “O direito à autodeterminação informacional é um superconceito que se desdobra em vários outros, a saber: a) o direito de acesso aos ficheiros, que confere ao cidadão o direito a tomar conhecimento de quaisquer registros por forma comprehensível, em linguagem clara, isenta de codificação e em prazo razoável; b) o direito de, em certos casos, se opor ao registro de dados e a que

sobre a existência de um registro de informações pessoais, se, em concreto, não é fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente em registro. De fato, ainda que tolerável a formação de bancos de dados com informações negativas em relação ao seu titular – porque considerada relevante a proteção das relações de crédito sob um princípio de lealdade contratual entre os integrantes de um mercado de negócios e de consumo -, não se concebe que essas informações ignorem a realidade factual mais verídica possível, guardada a mesma tônica de confiança – abstratamente considerada – exigida aos relacionamentos privados. Por isso a necessidade para o indivíduo, como garantia de um amplo direito de acesso às informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, de que não só ele tenha conhecimento quanto à existência de inscrição em banco de dados, como tenha ainda a possibilidade de alterar o conteúdo de um registro não condizente à realidade descrita, independentemente da sua natureza – se de crédito, de consumo, de associação (ideológica, política, religiosa, cultural).

Assim, é também resultante de um amplo direito de acesso o exame da medida de extensão do registro de informações pessoais efetuado. Mais precisamente, aborda-se aqui não apenas a possibilidade de uma restrição sobre o conteúdo informativo, como também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público, pela qualidade da informação. A ideia de qualidade da informação aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e proteção de uma esfera de privacidade, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais.

A qualidade da informação importa ainda no reconhecimento de um princípio com atuação simultânea, e não menos relevante, relacionado ao tempo de registro das informações pessoais. Fala-se, por isso, no princípio do esquecimento<sup>4</sup>, orientado pela ideia de que o próprio gestor do banco cadastral se compromete a manter atualizados os registros, fiscalizando o tempo de sua permanência. Não por outra razão disciplina a Diretiva 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, destinada aos países membros da Comunidade Européia, em seu artigo 6º, alínea ‘e’, que o registro de um dado pessoal deve ser armazenado de tal forma que possibilite a identificação da própria relevância de sua manutenção. Vê-se a obrigação, inclusive, de que sejam promovidas formas de resguardo das informações que tenham de ser registradas por um longo período, em razão de sua importância histórica, estatística ou científica.

No caso dos bancos de registro cadastral de dados positivos de crédito – ainda que utilizados para efeito de análise de risco econômico –, a questão é predisposta, especificamente, no art. 14 da Lei 12.414/11, que prevê um tempo de quinze anos de manutenção das informações. Apesar de longo, não se trata de um tempo que permita restaurar situações pretéritas de inadimplemento já alcançadas pela prescrição. É que, no caso, não se pode, em tal espécie de banco, considerar-se o registro de informações negativas relativamente ao inadimplemento contratual que, pelo

---

essa oposição fique registrada; c) o direito a ser informado acerca do motivo por que lhe é recusado o direito de acesso; d) o direito de ser esclarecido acerca do objectivo que determinou a inserção dos dados no ficheiro; e) o direito de contestação, que engloba [...] a faculdade de exigir a rectificação dos dados armazenados inexatos, a faculdade de exigir a correção dos dados que estejam desactualizados, a faculdade de exigir a eliminação de dados constantes dos registos contra regras ou princípios constitucionais, a faculdade de exigir o cancelamento de dados decorrido determinado período (direito ao esquecimento)" (EIRAS, 1992, p. 78).

4 – Como antes já havia anotado, “a disciplina decorre da compreensão de que informações desfavoráveis sobre determinada pessoa não podem permanecer armazenadas em caráter perpétuo, a ponto de prejudicarem outras relações de convívio da pessoa atingida – principalmente relações de consumo –, tendo em vista dados antigos, até mesmo coletados de forma equivocada e sobre os quais não foi exercitado o direito de retificação. A Lei brasileira de Defesa do Consumidor, neste ponto, é específica, prevendo duração máxima de cinco anos para as informações negativas cadastradas em bancos de dados sobre consumo” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação. Revista da Ajuris, ano XXIV, vol. 70, jul. 1997, p. 389). Assim, também, de forma embrionária, em ordenamentos jurídicos de outros países – sendo, na oportunidade, analisada a Lei francesa de 06.08.1978, relativa à Informática, Fichários e Liberdades, bem como o Decreto francês de 17.07.1978, antes mesmo do estabelecimento de uma diretiva comunitária específica à matéria –, verifica-se uma certa tendência a privilegiar-se um princípio de esquecimento como forma de exigir um controle sempre atual sobre os registros de dados nominativos, principalmente quando existe a possibilidade de identificar-se um tempo certo de durabilidade à hipótese de formação de um banco de dados para a finalidade inicialmente proposta: “Em homenagem ao direito ao esquecimento, prevê a Lei de 1978 a possibilidade de que a manutenção de dados nominativos seja restrita ao período previsto na autorização ou declaração (conforme seja tratamento automatizado requerido por serviço particular ou público) conferidas para a criação dos bancos de dados. Procura a Lei, com isso, atender à própria finalidade para a qual foram criados os tratamentos automatizados” (CACHAPUZ, 1997, p. 389).

mesmo princípio de esquecimento, tenham já sido afastadas de armazenamento em bancos cadastrais de inadimplentes. Uma vez prescrita a dívida – o que poderá ocorrer em tempo inferior –, não poderá tal circunstância do passado permanecer onerando uma análise de crédito do cadastrado. Tal tempo de armazenamento só pode ser contabilizado para as obrigações ainda em curso, dependentes de um adimplemento futuro pela própria característica da forma de execução, diferida no tempo.

Também se encontra relacionada a um direito mais amplo de acesso às informações nominativas do indivíduo que se vejam registradas em banco cadastral a característica essencial da veracidade do conteúdo informativo armazenado. Isto corresponde, em resumo, à ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade em relação ao seu conteúdo. Isso implica a necessidade de que as informações armazenadas sejam não apenas precisas como completas.

Por fim, é relacionada à ideia de um direito amplo de acesso a informações nominativas registradas em bancos cadastrais a própria concepção de correção dos dados. Ou seja, não basta que o registro corresponda a uma situação factual, e, sim, que a informação esteja de acordo com o momento atual de registro, em especial, sobretudo, na hipótese de um parcial pagamento de dívida pelo consumidor, que imponha a atualização dos valores informados ao banco cadastral de relação de consumidores inadimplentes. A correção dos dados informativos é característica complementar à de veracidade das informações, remetendo também a uma possibilidade de retificação de conteúdo informativo quando evidenciado qualquer equívoco em concreto<sup>5</sup>.

Fundamental, portanto, principalmente em relação aos bancos cadastrais positivos, que se tenha como premissa a transparência do sistema predisposto ao armazenamento e cruzamento de dados. Por isso a preocupação da Lei 12.414/11 dirige-se tanto ao conteúdo do que existe informado (os elementos de análise), como em relação aos critérios utilizados para a análise de risco que venha a ser efetuada (as variáveis utilizadas para o cruzamento de informações). Isto é fundamental para que o cadastrado possa compreender eventual situação de restrição à sua liberdade de comércio por terceiros (consulentes), mesmo quando inexistente registro de inadimplemento.

Como a ideia de autodeterminação informativa apropria-se de conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade (esfera privada) como de interferência mais acentuada do direito de igualdade (esfera pública), identifica-se também num direito de acesso a dados informativos a possibilidade de o indivíduo ter acesso a informações que lhe sejam justificadamente importantes ou de revelação essencial. Abstratamente, a hipótese responde ao conceito de autodeterminação informativa como trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pois exige a reciprocidade de conduta a quem se dispõe à liberação dos dados e a quem pretende obter determinado acesso. Ou seja, permite-se, pelo exercício da ponderação, a partir da análise de situações concretas envolvendo direitos fundamentais, que dados nominativos sejam tornados públicos quando suficientemente evidenciada a sua relevância ao interessado. Isto ocorre porque mesmo interesse ideal de acesso atinge toda a coletividade. O exemplo trazido pela Diretiva Europeia de outubro de 1995 é o

5 – Em relação à correção de dados nas transmissões de informações realizadas nas relações internas dos países, melhor tratamento tem sido encontrado dentro do sistema alemão de proteção de informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, ao propor a visualização de três efeitos distintos a partir da interferência do indivíduo no controle positivo das informações de que é titular – ou seja, a sua atuação através da retificação propriamente dita, do bloqueio e da supressão ou cancelamento das informações que contenham equívocos. A inovação reside na possibilidade de bloqueio de dados, sempre em caráter temporário, quando duvidosa a correção de determinadas informações ou a permanência de uma finalidade específica para a manutenção dos registros. Enquanto a retificação visa a uma correção e a supressão, o cancelamento efetivo das informações registradas de forma equivocada ou sem atender a uma finalidade específica – e aqui se ressalva novamente a aproximação à característica da “extensão” da informação registrada – o bloqueio não possibilita mais o aproveitamento das informações para qualquer fim, ainda que haja discussão sobre a correção dos dados registrados. Excepciona-se apenas a possibilidade de uma utilização da informação que se traduza absolutamente necessária, quando para fins pacíficos, para a superação de uma falha de prova ou com autorização específica da pessoa atingida, por exemplo. A hipótese legislativa restou evidenciada ainda na Lei Federal sobre Proteção de Dados ou *Bundesdatenschutzgesets* (BDSG) de 1º.01.1978.

registro de dados históricos, estatísticos ou científicos que, por suas características peculiares, devam ter adequado acesso, útil e rápido, a qualquer indivíduo<sup>6</sup>.

Em decisão proferida na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relativamente à medida de "auto-exposição" (ARENTE, 1993, p. 28) pretendida pelo indivíduo, entendeu-se que descabe a empresas de telefonia divulgar dados pessoais de seus assinantes quando não consentida tal ação, pela relação estritamente contratual estabelecida entre as partes. A divulgação é injustificável sob a alegação de prestação de um serviço de atendimento à comunidade. Lê-se em trecho do acórdão:

Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, o endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido ou é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal, pode ter consequências sérias. Digamos, uma pessoa, um homem, resolve presentear uma moça com linha telefônica que esteja em seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, que estabelece, como regra, que seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados<sup>7</sup>.

Espera-se, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade, como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

A pessoa só consegue constituir um centro de vida interior e só percebe a sua identidade, na medida em que se expõe simultaneamente a relações interpessoais construídas pela comunicação e em que se deixa envolver numa rede cada vez mais densa e subtil de vulnerabilidades recíprocas e de necessidades explícitas de proteção. Sob este ponto de vista antropológico, podemos conceber a moral como um dispositivo de proteção que compensa uma ameaça constitucional inerente à própria forma de vida sociocultural. [...] A integridade da pessoa individual reclama a estabilização de um tecido de relações simétricas de reconhecimento, no qual os indivíduos inalienáveis só reciprocamente e enquanto membros de uma comunidade poderão assegurar a sua precária identidade (HABERMAS, 1991, p. 215).

No caso, muito embora conheça-se a discussão existente acerca da matéria no TJRS – especialmente, em face das divergências de compreensão sobre a questão em discussão,

6 – Conforme o texto do parágrafo 34 do preâmbulo da Diretiva 95/46/EC, os Estados membros se encontram autorizados a promoverem o armazenamento de dados sensíveis, cujo registro se encontre justificado pelo interesse público relevante em áreas como a de saúde pública e promoção social, especialmente quando necessários para o aprimoramento de serviços públicos de assistência.

7 – BRASIL. STJ, RHC 8493/ SP. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ de 02.08.1999, p. 224.

como expostas na AC nº 70038911400 -, não há como se afastar, na hipótese dos autos, do reconhecimento claro de situação de ilicitude civil, suficientemente caracterizada pela aplicação específica do disposto no art. 187 do Código Civil brasileiro. Trata-se de ilicitude não decorrente da verificação de uma antijuridicidade por força de observação de conduta culposa por parte da demandada (art. 186 do CC) – aparentemente no exercício de uma liberdade de divulgação de informação –, mas justamente de uma ilicitude decorrente do excesso no exercício de uma determinada posição jurídica. Explica-se.

O art. 187 – ao contrário do que se vê exigido pelo art. 186 do CC –, como hipótese de fonte de obrigação civil, preocupa-se em disciplinar caso de conduta ilícita gerada a partir de uma restrição de liberdade imposta pelo caso concreto e só aferível após a solução resultante da análise de um conflito de liberdades. Pelo art. 187 do Código Civil, não se trata, portanto, de caracterizar circunstância abrangida pelo conceito de abuso de direito<sup>8</sup> – construído, na doutrina, como conceito dogmático residual, para abranger situações de fato não enquadráveis no ordenamento jurídico –, mas de definir causa de ilicitude capaz de servir como fonte de obrigações civis.

Dispensa-se, portanto, a ideia do abuso de direito - com natureza jurídica, progressivamente, construída sobre a ideia de limitação do exercício de direitos -, na medida em que o art. 187 do novo Código Civil passa a disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas pela caracterização da conduta ilícita em si mesma. Confere-se, assim, força à construção da hipótese de ilicitude como causa originária de obrigação civil. Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente - a culpa -, mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem.

Prefere-se entender, portanto, que enquanto o art. 186 descreve a situação tradicional de configuração de ilicitude civil, o art. 187 inova no CC, tratando de acolher caso de restrição a uma liberdade subjetiva, com força a caracterizar uma hipótese de ilicitude civil e gerar obrigação civil em concreto – mesmo que não necessariamente se trate esta de uma obrigação de indenizar (art. 927,CC).

Uma vez que se reconhece, para o enunciado normativo do art. 187 do CC, hipótese de ilicitude em que se vislumbra a ocorrência de uma restrição a determinada liberdade jurídica com capacidade de gerar obrigações civis, passa-se a questionar se é possível definir os elementos que condicionam, de forma ideal, a análise da conduta avaliada em concreto no enunciado normativo. Ou seja, indaga-se se há como descrever, antecipadamente, o que se torna esperado da conduta humana em determinada situação de conflito de liberdades, no sentido de que venha ela (a conduta), concretamente, a atender o que seja definido por fim econômico ou social, por boa-fé ou por bons costumes. Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou

8 – Num estudo comparado ao art. 334 do Código Civil português, vê-se que neste, ao contrário da interpretação estimulada pela doutrina brasileira, o tratamento dispensado para o abuso de direito é reservado ao campo das invalidades dos atos jurídicos, não servindo, especificamente, à caracterização do ato ilícito. Tal decorre do fato de que, historicamente, procurou a doutrina portuguesa – seguindo uma tradição francesa –, por meio do conceito de abuso de direito, abranger-se uma série de situações que não encontravam resposta na sistemática clássica do Direito Civil. Assim se observa na construção de uma tipologia de atos abusivos para situações, inicialmente, não acolhidas normativamente no ordenamento jurídico, como nos casos de *exceptio doli*, posteriormente abrangida pela aplicação do princípio da boa-fé; *venire contra factum proprium*, hoje traduzido pela impossibilidade de contradição no discurso jurídico; abusividades negociais propriamente ditas, referentes a "inallegabilidades formais" (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 255); *supressio* e *surrectio* e desequilíbrio do exercício de posições jurídicas, atualmente atendido, de forma suficiente, no caso brasileiro, pelo art. 187.

ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, pela análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão do seu querer aparecer (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social).

Se há a pretensão doutrinária de potencializar um direito geral de liberdade e de compreender que os conceitos jurídicos devem estar abertos à experiência jurídica<sup>9</sup>, cumpre que se confira força ao conceito de ilicitude como proposto de forma ampla no art. 187 do CC, identificando nele fonte de obrigações civis. No caso, não exclusivamente fonte de uma obrigação indenizatória, para a qual se exige, além do ilícito, a ocorrência do dano (art. 927 do CC). Mas, inclusive, fonte de obrigação civil que resulte em tutela diversa, seja de caráter inibitório, seja de caráter mandamental.

Assim, na espécie, entende-se que a conduta da demandada, ao realizar o cadastro, sem autorização e conhecimento do demandante, através de informações não divulgadas e baseada em critérios não especificados, e, principalmente, ao disponibilizá-lo a seus associados, como instrumento na avaliação para concessão do crédito, configura-se num exercício arbitrário e excessivo de uma determinada posição jurídica, permitindo a caracterização de uma conduta ilícita para os fins do que dispõe o artigo 187 do CC. Reconhece-se, na hipótese, que a ausência de transparência e publicidade ao banco de dados – ausente livre acesso inclusive para a correção de informações cadastrais de caráter nominativo do indivíduo -, aliada a inexistência de qualquer controle ao armazenamento da informação – inclusive para efeito de aplicação de um princípio de esquecimento -, permite a distorção da informação de forma indevida.

Ademais, não se trata de sistematização de dados em banco cadastral que tenha sido elaborada em caráter reservado para consumo final pelo próprio detentor da informação – o que ingressaria em sua esfera única de liberdade contratual. Aqui se está a tratar de comércio e troca de informações nominativas potencialmente desabonadoras ao consumidor – estabelecendo pontuação ao consumidor conforme a regularidade de seu crédito, promovendo específica análise de crédito -, para as quais se desconhece a plena publicidade por parte do órgão gestor, nessa medida responsável pelo controle e organização das informações de forma ampla. Daí a sua responsabilidade pelo ilícito cometido, inclusive em face do disposto no art. 43 do CDC, independentemente do próprio alcance atingido pela informação no âmbito externo.

Quanto à pretensão de condenação da parte demandada também no pagamento de indenização por danos morais decorrentes do armazenamento de dados nominativos de forma indevida, ainda que tenha sido reconhecida a ilicitude da inserção e manutenção do demandante nos cadastros Concentre Scoring, não há como se reconhecer a ocorrência de um dano. Tratando-se de hipótese de ilícito fundado no art. 187 do CC, em que dispensada a caracterização do elemento da culpa – circunstância jurídica própria à caracterização da ilicitude prevista no art. 186 do CC -, vê-se que, no caso, não há a demonstração de ocorrência de um dano inequívoco a ensejar a pretensão indenizatória para os fins do art. 927 do CC.

Não logrou o demandante demonstrar uma publicização de seu dados de forma geral ou mesmo uma perda significativa ou efetiva no mercado financeiro ou de trabalho em face da manutenção de seus dados no cadastro mais reservado referido nos autos. O simples armazenamento, sem publicização ampla e sem demonstração de geração de um dano específico, é incapaz de autorizar o reconhecimento de uma violação a direito de personalidade próprio, afastando, por consequência, a pretensão indenizatória exposta na inicial. Ademais, se basta o ilícito do art. 187 do CC para possibilitar a exclusão do nome do demandante de banco

9 – Não se pode exigir do ordenamento jurídico – sob pena de fechar a estrutura normativa à própria ideia de diversidade cultural – que deduza de casos hipotéticos uma premissa jurídica universal. A ideia deve ser, ao contrário, permitir que o conhecimento empírico contribua, pela experiência jurídica trazida em concreto, à universalidade, mas não a determine.

cadastral como o referido nos autos, é pressuposto ao dever de indenizar, nos termos do art. 927 do CC, a ocorrência do dano. Não demonstrada a publicização ampla e aberta dos registros ou mesmo a comprovação de uma perda de chance em caráter específico, não há como se acolher a pretensão exposta na inicial.

Para a hipótese de efetivação da medida, resta determinada, de pronto, nos termos do previsto no art. 461, § 5º, do CPC, multa de R\$ 100,00 por dia de violação da medida de exclusão do nome da parte demandante dos cadastros Concentre Scoring, bem como vedar à requerida que preste informações desabonatórias em nome da parte autora, em razão da suposta pendência financeira, consolidável em até 60 dias de descumprimento.

Isto posto, **julgo parcialmente procedente a presente demanda**, para confirmar a antecipação de tutela antes deferida, para determinar de forma definitiva a exclusão do nome da parte demandante dos cadastros Concentre Scoring, bem como vedar à requerida que preste informações desabonatórias em nome da parte autora , sob pena de, na ausência de efetivação à medida, incidência de multa de R\$ 100,00 por dia de violação, consolidável em até 60 dias de descumprimento. Resta indeferido o pleito indenizatório, observada a fundamentação exposta.

Ante a sucumbência parcial, condeno cada uma das partes no pagamento de metade das custas processuais. Condeno ainda cada uma das partes no pagamento de honorários advocatícios ao procurador da parte contrária, no valor equivalente a 15% sobre o valor da causa corrigido, observando-se o disposto no art. 20, § 3º, do CPC. Suspensa a exigibilidade do pagamento, pela demandante, em razão da concessão do benefício da AJG.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 08 de maio de 2013.

**Maria Cláudia Mércio Cachapuz,**  
Juíza de Direito.

# Crédito Consignado e Concessão Responsável do Crédito

Vistos.

Primeiramente, defiro o benefício da gratuidade judiciária à parte autora, nos termos do artigo 4º, caput, da Lei nº 1.060/50.

Por outro lado, verifica-se que não há nos autos informação sobre a ordem de instituição de descontos em folha e na conta-corrente da autora, ou seja, a respeito das datas das celebrações dos contratos. Assim sendo, não há como determinar o corte linear dos valores consignados, visto que restariam prejudicadas, indevidamente, as instituições bancárias que concederam crédito ao autor por primeiro, observando a margem consignável, ao passo que seriam privilegiadas as outras que não agiram de forma diligente ao fornecer empréstimo quando o limite permitido pela legislação já havia sido superado.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de nosso Estado assim decidiu:

**AGRADO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. PRESTAÇÕES CONSIGNADAS EM FOLHA DE PAGAMENTO. EMPRÉSTIMOS CONTRAÍDOS COM INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS DIVERSAS.** Em se tratando de instituições bancárias diversas, que concederam ao agravante empréstimos respeitando a margem consignável de 30%, encontrando-se operações que sequer comprometem 10% do salário líquido do mutuário, impossível a redução pretendida, já que não se poderá tomar o desconto em bloco. Cuidando-se de credores diversos, sem notícia da anterioridade das operações, inexiste a prova inequívoca do alegado, qual seja, o abuso praticado pela instituição financeira. SEGUIMENTO NEGADO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70036856029, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 23/06/2010) (Sem grifos no original).

Em conclusão, somente após a verificação da anterioridade das contratações dos empréstimos é que será possível analisar a pretensão referente à limitação dos descontos de acordo com a Lei nº 10.820/2003 e com o Decreto nº 6.386/2008.

Pelo exposto, emende a parte autora a inicial para informar a ordem cronológica das contratações, no prazo de dez dias, sob pena de indeferimento.

Intime-se.

Diligências legais.

**Régis Adil Bertolini,**  
Juiz de Direito.

## Dicas de filmes



### Borboletas Negras

Direção: Paula Van der Oest. “Borboletas Negras” conta a história da poeta Ingrid, sua dificuldade de se ajustar ao mundo e o conflito com o pai. Um dos poemas de Ingrid foi usado por Nelson Mandela em seu primeiro discurso no parlamento.

*Luciana Bertoni Tieppo*



### Conspiração Xangai

Direção: Mikael Hafstrom. “Conspiração Xangai”, com John Cusack. A história ocorre durante a 2ª Guerra Mundial e envolve um agente americano travestido de jornalista. Excelente!

*Nelo Presser*



### Elefante Branco

Direção: Pablo Trapero. Elefante Branco, com Ricardo Darín. Um filme que trata da vida em favela e da história de pessoas que tentam ajudar aos outros, bem como do conflito e da dificuldade de suportarem a realidade que se apresenta.

*Luciana Bertoni Tieppo*

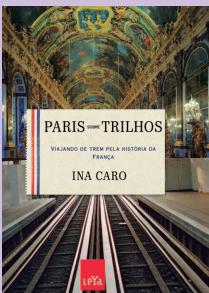


### Django Livre

Direção: Quentin Tarantino. O filme original é de 1966, tendo sido reeditado em 1982 e agora em 2012. Muita violência e sangue, no estilo Quentin Tarantino, que também produziu “Bastardos Inglórios”. Django é um escravo que é libertado por um dentista, sendo ambos caça-recompensas. Django precisa libertar sua mulher, que está com um vilão explorador de lutas de negros. É um filme longo que nem se percebe o desenrolar cheio de ação e tiros. Ótimo!

*Paulo Meneghett*

## Dicas de livros



### **Paris sobre Trilhos** (Ina Caro, Leya Brasil)

Fantástico trabalho sobre catedrais e palácios franceses, orientando as visitas a partir das estações parisienses e relatando os detalhes dos monumentos, bem como as histórias e estórias ali acontecidas.

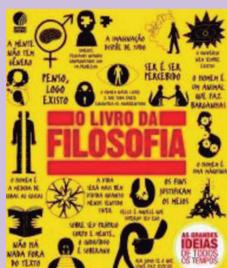
*Mauro Menezes*



### **Mensalão** (Merval Pereira, Record)

O dia a dia do mais importante julgamento da história política do Brasil, Editora Record, 287 páginas, de Merval Pereira, ocupante da cadeira de Moacyr Sciliar na Academia Brasileira de Letras. O livro é uma reunião de artigos publicados, no jornal *O Globo*, ao longo dos mais de quatro meses de apreciação da Ação Penal n. 470 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O prefácio da obra foi elaborado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que presidia a Corte durante boa parte do julgamento, antes do implemento de sua aposentadoria compulsória.

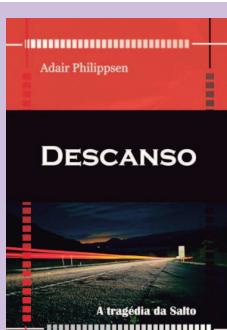
*Adair Philippson*



### **O Livro da Filosofia** (Douglas Burnham e Will Buckingham, Globo)

Um belíssimo resumo da filosofia universal, passando pelo pensamento dos filósofos clássicos e também por outros menos conhecidos. Ao final, relaciona outras dezenas de filósofos com uma pequena nota sobre cada um. Imperdível.

*José Darci Pereira Soares*



### **Descanso – A Tragédia da Salto** (Adair Philippson, Praça da Matriz)

O colega Adair Philippson sensibilizou-se com a tragédia ocorrida na localidade de Descanso – SC, na madrugada de 5 de março de 2011, de tal forma que empreendeu, com talento, a espinhosa tarefa de reproduzir, com precisão, o desastre que resultou na morte de cerca de 10% da população da Vila Salto – RS. O fato teve repercussão internacional. A pesquisa realizada adotou, no livro, o nome do local da ocorrência (Praça da Matriz, ed.). Relata, de forma sóbria, mas com estreita empatia pelas vítimas e pelos sobreviventes, detalhe por detalhe – desde os preparativos da viagem, como se testemunha fosse –, o embarque, as conversas, as brincadeiras e o desespero vivenciado por todos entre os escombros do ônibus. Uma excursão esportiva que, de alegre e fraterna, se transformou em mortes e abandono. A narrativa merece ser lida até mesmo como um tributo de solidariedade.

*Nelson Oscar de Souza*





ISSN 1980-184X



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

