

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFRGS**

Guilherme Antônio Balczarek Mucelin

**BANCOS DE DADOS E HISTÓRICO DE CRÉDITO:
O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E A LEI N. 12.414/2011**

**Porto Alegre
2014**

GUILHERME ANTÔNIO BALCZAREK MUCELIN

**BANCOS DE DADOS E HISTÓRICO DE CRÉDITO:
O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E A LEI N. 12.414/2011**

**Monografia apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do grau de
especialista.**

**Orientador: Prof. Dr. Bruno
Miragem**

**Porto Alegre
2014**

GUILHERME ANTÔNIO BALCZAREK MUCELIN

**BANCOS DE DADOS E HISTÓRICO DE CRÉDITO:
O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR E A LEI N. 12.414/2011**

**Monografia apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do grau de
especialista.**

Aprovado em 04 de Agosto de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Bruno Miragem
Orientador

AGRADECIMENTOS

Ao meu ilustre orientador, Prof. Dr. Bruno Miragem.

Aos Coordenadores do Curso, Prof. Dr. Augusto Jaeger e

Profa. Dra. Claudia Lima Marques.

À minha querida Ades Sanches y Vacas.

RESUMO

Nas últimas décadas o avanço da tecnologia se mostrou como uma ferramenta importante na captação e no manejo de informações. Também propiciou o aparecimento dos bancos de dados (positivos e negativos) e o surgimento do histórico de crédito. Assim, a informação ganhou status de produto, haja vista sua importância na economia de mercado vigente, que utiliza das informações pessoais dos consumidores para personalizar serviços, mas também para analisar sua vida pregressa, a fim de outorgar crédito ou não. Contudo, as informações constantes desses cadastros não se restringem somente à vida financeira do indivíduo, como também guarda dados sobre diversos ramos de sua vida. Assim, para defender o direito dos consumidores, verificou-se o necessário diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo (Lei n.º 12.414 de 2011), para que se evitem ilegalidades no manejo e venda de dados tão caros à privacidade e honra do consumidor.

Palavras-chave: Sociedade da Informação; Defesa dos Consumidores; Bancos de dados e histórico de crédito.

ABSTRACT

In recent decades, the advancement of technology has shown to be an important tool in the capture and management of information. Also enabled the emergence of databases (positive and negative) and credit history. Thus, the information gained status of product, given its importance in the current market economy, which uses the personal information of consumers to personalize services, but also to analyze their past life in order to grant credit or not. However, the information contained in these entries are not restricted only to the financial life of the individual, but stores data on different branches of life. Thereby, defending consumer rights, there is the necessary dialogue between the Code of Consumer Protection and the Law of Cadastro Positivo (Law no. 12.414/2011), for the avoidance of irregularities in management of data, so dear to the consumer's privacy and honor.

Keywords: Information Society; Consumer Protection; Databases and credit history.

SUMÁRIO

1. Introdução	p. 08
2. As Informações Pessoais nas Relações de Consumo	p. 11
2.1. Os dados pessoais	p. 15
2.2. A evolução da proteção dos dados pessoais e o direito à privacidade	p. 20
3. Bancos de dados, <i>Scoring</i> e Diálogo das Fontes	p. 30
3.1. Aspectos fundamentais dos Bancos de Dados e do <i>Scoring</i>	p. 32
3.2. O necessário diálogo das fontes: o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.414 de 2011	p. 44
4. Considerações Finais	p. 52
5. Referências Bibliográficas	p. 54

1. INTRODUÇÃO

O mercado atual, principalmente em razão do crescimento e da integração global, das evoluções tecnológicas e da criação de novos canais de distribuição de bens, serviços e informação, tem como característica principal a crescente variedade e sofisticação de seus instrumentos de atuação.

A oferta de produtos e serviços financeiros progressivamente se amplia, e os fornecedores vêm adotando práticas comerciais cada vez mais agressivas e invasivas ao consumidor, recorrendo à publicidade e novas artimanhas para vincular operações de crédito a toda espécie de operação de consumo diariamente empreendida pela população¹.

Desta maneira, em decorrência do aumento da oferta de crédito – notadamente no que concerne à população de baixa renda², verificou-se o aquecimento da economia, no Brasil e no mundo, refletindo a necessidade de maiores informações de quem contrata (consumidor) para quem fornece (instituições financeiras).

A preocupação com quem se vai contratar, entretanto, não é exclusiva da modernidade, haja vista as décadas de 1950/1960 – quando o procedimento de venda a crédito mostrava-se demorado e cuidadoso, oneroso e de difícil manuseio, como bem demonstrou Bertran Antônio Sturmer, em estudo sobre as experiências pioneiras de crediário na cidade de Porto Alegre, nomeadamente da Casa Masson e das Lojas Renner³.

Assevera Antônio Herman Benjamin:

1 LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. Estatísticas do superendividamento no sul do Brasil: Perfil, resultados comparativos e principais experiências com a renegociação. In: MARQUES, Claudia Lima, LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento** - Cadernos de investigações científicas (pp. 127-138). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça.

2 "Foi na década de noventa do século passado que a expansão do crédito no Brasil se deu notadamente, graças à estabilidade econômica. A partir de então, os fornecedores de crédito despertaram para um novo segmento de consumidores, que até então não era atrativo: a população de baixa renda. Isso porque se pretendeu manter a dependência do crédito para os bens indispensáveis à manutenção da sobrevivência »

BERTONCELLO, Káren; 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**. Jul/set de 2007.

3 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et all. – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. RJ: Forense universitária, 2004. p. 402

“O candidato ao crédito precisava preencher minucioso cadastro, não só com seus dados pessoais, indicando ainda os locais onde habitualmente adquiria produtos e serviços, como armazém, a alfaiataria e, em especial, outros estabelecimentos onde já comprava a prazo. Consequência da atuação individual e fragmentada dos vários fornecedores a crédito, cada empresa era obrigada a coletar informações e organizar detalhado cadastro de seus clientes, acessado por consulta manual”⁴.

Como se observa, a importância do adimplemento da obrigação por parte do consumidor sempre esteve presente nas preocupações dos fornecedores. A informação em análise permite avaliar o risco da operação de crédito e tal pode ser e é obtida por meio de estatísticas originadas em banco de dados, públicos e privados, positivos ou negativos, com histórico detalhado do consumidor.

Graças ao auxílio da evolução tecnológica, as operações de consumo tomaram proporções imprevisíveis, muito pela velocidade com que se processam, cuja principal característica é a incontável quantidade de transações que ocorrem em um mesmo dia, efetuadas inclusive por uma mesma pessoa, sem que, para tanto, haja contato necessariamente com operações passadas ou até mesmo futuras.

Nesse sentido,

“Foi-se o tempo em que fornecedor e consumidor se conheciam e estavam unidos por uma relação mútua. Por outro lado, consumidor comum não mais tem condições de analisar, com facilidade, o produto ou serviço que adquire. Ademais, a relação de consumo, que antes se resumia àquelas partes, agora tem terceiros a influenciar fortemente a decisão de compra e de venda, isto é, os fornecedores de crédito ao consumo e os profissionais de publicidade”⁵.

Denota-se que houve a despersonalização das transações de consumo⁶, isto é, os fornecedores não entram em contato direto com o

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et all.* – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. RJ: Forense universitária, 2004.

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et all.* – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. RJ: Forense universitária, 2004. p. 409

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 276-284.

consumidor, mas sim se interessam pelas informações dele pré-existentes, de forma a viabilizar, ou não, a operação pretendida.

Para que isto seja possível, os fornecedores utilizam-se de práticas que passam despercebidas pelos consumidores, inserindo nos contratos de adesão, que possuem cláusulas permissivas de utilização dos dados fornecidos pelos próprios consumidores na oportunidade da celebração do negócio, para que outras empresas possam ter acesso⁷ através de bancos de dados desenvolvidos com grande tecnologia.

A adoção dessas tecnologias, que permitem o tratamento massificado de dados pessoais, muitas vezes não são percebidas como nocivas pelos consumidores, pois podem oferecer também possibilidade de empoderamento. É verdade que, por um lado, o aumento da informação pessoal disponível aos fornecedores resulta em um aumento de bens e serviços personalizados, mas, por outro, pode ocasionar discriminação do consumidor no mercado⁸.

Assim, no primeiro capítulo serão analisadas as principais características das informações pessoais e a evolução em sua tutela. O segundo capítulo abará as características essenciais dos bancos de dados e do histórico de crédito para, por fim, analisar o necessário diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro positivo, tudo para assegurar os direitos básicos do consumidor.

O método de pesquisa será o dedutivo e comparativo, através de levantamento bibliográfico de doutrina, artigos acadêmicos de renome internacional, pesquisa de jurisprudência e demais dados relevantes ao que concerne à arquitetura proteção do consumidor frente aos bancos de dados e histórico de crédito.

⁷ Não apenas dívidas, mas também números de documentos, situação no INSS, endereço, telefones, padrões de consumo, renda familiar e dados do seu cônjuge. Esses são apenas algumas das informações que estão à venda por conta de verdadeiros dossiês produzidos pela Serasa Experian e pelo Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC).

⁸ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Apresentação. In: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia (pp. 7-8). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça.

2. AS INFORMAÇÕES PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A conexão entre a defesa do consumidor e a proteção de dados é uma característica intrínseca na sociedade da informação⁹, em que as empresas buscam o máximo de personalização de seus produtos e serviços.

No mercado de consumo, os dados pessoais obtidos por meio da utilização de novas tecnologias se transformam em um recurso essencial e valioso, tanto para a redução dos custos nas operações de crédito ao consumo, como para a fidelização do consumidor.

O que não é percebido com facilidade pelo consumidor, contudo, é que tais informações podem ser nocivas a eles. É verdade que a personalização dos produtos e serviços pode ser uma qualidade, mas pode também, se manuseada de forma desenfreada e irresponsável, discriminar os consumidores.

A utilização dessa nova tecnologia de guardar informações, a qual estamos habituados, trouxe consigo a possibilidade de armazenar cada detalhe das operações que o consumidor realiza. Isto é, ao menos tecnicamente, muitas das ações que todos empreendem diariamente são passíveis de registro para posterior utilização. Nesse compasso, o consumidor encontra-se vulnerável frente às novas tecnologias e ao poder que as informações possuem.

A Constituição Federal consagrou a defesa do consumidor como direito fundamental, constante do artigo 5º, XXXII, que dispõe expressamente: “O Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei”. Dessa forma, observa-se que se imputou ao Estado-juiz, Estado-legislador e Estado-executivo a ação positiva no sentido de assegurar aos consumidores liberdades e garantias.

⁹ Sobre a expressão “sociedade da informação”, ler LYON, David: The roots of the information society idea. In: O’SULLIVAN, Tim, JEWKES, YVONNE: **The media studies reader**. Londres: Arnold, 1998. pp. 384-402. E também CASTELLS, Manuel: **A sociedade em rede** (A era da informação, economia, sociedade e cultura). V. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Também reconhecido como princípio da ordem econômica, no sentido de limitar a iniciativa privada ou a autonomia da vontade, as normas protetivas do sujeito mais fraco da relação de consumo são muito mais do que políticas públicas e normas infraconstitucionais reunidas em um código. Antes, a proteção do consumidor é um princípio de origem constitucional, necessitando ser protegido de forma especial, conforme se depreende da leitura do artigo 48 do ADCT¹⁰.

Como visto, a proteção do consumidor no Brasil não surge a partir de um assistencialismo estatal ou da valorização excessiva do cliente, mas da presunção constitucional da fraqueza, do desequilíbrio de poder que existe entre as partes na relação de consumo – também conhecida como vulnerabilidade. Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, justificam-se, então, os deveres e sanções provenientes da proteção deste indivíduo. Nesse sentido:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação¹¹.

A vulnerabilidade do consumidor o coloca em verdadeira desvantagem negocial, existindo diferentes níveis e tipos de vulnerabilidade, mas sempre presente nas relações de consumo, seja pela presunção constitucional, seja pela complexidade dos contratos bancários em termos de tecnicidade ou deficiência de informação. Nesse sentido, “as limitações naturais do consumidor, que podem ser visualizadas sob o aspecto de fraqueza ou da ignorância, são traços de sua reconhecida vulnerabilidade no mercado de consumo”¹².

¹⁰ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

¹¹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 117.

¹² SCHMITT, Cristiano; BARBOSA, Fernanda. **Cadernos de Direito do Consumidor - Parte Geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010. p. 104.

Com isso, a observância e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, constante do artigo 4º, I, do CDC¹³, principalmente daqueles contratantes de operações de crédito e que, por isso, encontram-se superendividados, se mostra imprescindível para que seja outorgada a devida proteção estatal.

A facilidade no acesso às informações dos consumidores neste mundo informatizado traz à baila uma nova vulnerabilidade, cuja principal característica é a fraqueza do consumidor em relação àqueles que detêm a informação pessoal. Para Claudia Lima Marques, tal realidade deu azo a uma nova forma de vulnerabilidade – a vulnerabilidade informacional¹⁴.

Em outras palavras, esta assimetria informacional pode desequilibrar as relações de consumo em qualquer de suas fases. De outra banda, um novo modelo de negócio se forma, quando a própria informação pessoal se transforma em *commodity*, um tipo de ativo que pode ser, para algumas empresas, seu principal eixo econômico.

Exemplo claro desta nova realidade negocial pode ser visto nas empresas Google Inc., pois a posição central que a informação pessoal possui em seus produtos é o grande eixo econômico da empresa. Nas palavras de William Gibson,

“Nós mesmos geramos produtos para a Google, cada pesquisa que fazemos é uma pequena contribuição. A Google é feita de nós, uma espécie de recife de corais de mentes humanos e seus produtos”¹⁵.

A monetarização dos dados pessoais é hoje uma realidade e é vital para grande parte – senão a maioria – dos novos produtos e serviços

¹³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 147.

¹⁵ “We generate product for Google, our every search a minuscule contribution. Google is made of us, a sort of coral reef of human minds and their products”. GIBSON, William. Google is Earth, In: **The New York Times**, 31 de agosto de 2010.

oferecidos no mercado de consumo. Aliada à assimetria informacional, não pode prescindir da consideração da proteção e defesa dos consumidores.

Assim sendo, ordenamentos jurídicos de diversos países já apresentam normas que objetivam fornecer ao cidadão mecanismos para controlar efetivamente a utilização de seus próprios dados pessoais. Tanto é assim que ganhou, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, *status* de direito fundamental, mais precisamente em seu Artigo 8º:

Artigo 8.º

Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.

2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento.

da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito

de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente¹⁶.

Na legislação consumerista brasileira, a proteção de dados dos consumidores está inserido no Artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷, ao prescrever que o “consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e

¹⁶ União Europeia (2000), “**Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**”. Nice, 7 de Dezembro de 2000.

¹⁷ BRASIL. **Lei Federal 8.070 de 1990**. Art. 43: O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 12 de abril de 2014.

dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes” e também na Lei 12.414/2011.

Busca-se, então, garantias mínimas para evitar abusos no manejo de dados creditícios, principalmente no que diz respeito ao inadimplemento, mas, ao mesmo tempo, reconhece-se a legitimidade da utilização desta modalidade de uso da informação para o desenvolvimento do crédito ao consumo. Restringiu-se, nesse compasso, à perspectiva somente da utilização do crédito.

Como se sabe, os dados pessoais do consumidor estão evidentes em todas as fases da relação de consumo e dificilmente poderiam ser ponderadas usando-se somente o disposto no Art. 43 do CDC. Os dados de informações creditícios são somente uma fração do conjunto de dados pessoais do consumidor que são uteis para o mercado.

2.1. Os Dados Pessoais

A informação tem ganhado relevância na era da modernidade tecnológica, tanto jurídica quanto econômica. Isto se dá porque as informações passaram a figurar como um bem econômico e, muitas vezes, tamanha a importância, são o eixo central de novos modelos de negócio.

É o processo que transforma a informação em *commodity*. A contemplação deste processo no mundo jurídico se faz de maneira difícil, uma vez que as informações possuem características variadas, “líquidas”, desmaterializadas.

Essa dificuldade de enquadramento no meio jurídico observou-se principalmente porque ela (a informação) desvinculou-se do meio físico. No entendimento de Norbert Wiener, informação é informação, não é matéria nem energia¹⁸.

¹⁸ “information is information not matter or enegery”. WIENER, Norbert. **Cybernetics**. Cambridge: MIT Press, 1961.

Nesse sentido, e percebendo o poder que a informação tem no mundo atual, os fornecedores, sob certo ângulo, podem ser considerados como processadores informacionais, capazes de influenciar pessoas, que, por sua vez, são produtoras de informações e se orientam a partir do recebimento delas.

Constatado isto, aliado ao desenvolvimento acelerado das tecnologias de informação, faz-se necessário ao ordenamento jurídico que facilite e garanta a utilização destas novas tecnologias e ao mesmo tempo estabeleça meios de garantia e proteção contra utilizações indesejáveis destas mesmas tecnologias, principalmente no que tange às relações de consumo.

Cumprido, outrossim, breve inclusão sobre o conceito de “informação” para o direito – que se difere de dado, muito embora haja sobreposição de sentidos em inúmeros casos. Assim,

“dado apresenta conotação mais primitiva e fragmentada, semelhante a uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida ou associado a uma espécie de ‘pré-informação’, que antecederia a sua interpretação e elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação é um termo que carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza. A doutrina, por vezes, trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada.”¹⁹

A informação apresenta em si, já diferenciada de dado, aspectos que podem ser visualizados sob diferentes prismas: informação à respeito das pessoas e de seus patrimônios, opiniões subjetivas das pessoas, obras de espírito e as informações que, fora das modalidades anteriores, referem-se a descrições de fenômenos, coisas e eventos²⁰.

Verifica-se, desta maneira, que o termo informação pode significar, em determinados contextos, a liberdade de informação como

¹⁹ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Informação Pessoal e sua Tutela. In: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia (pp. 15-36). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça. p. 19.

²⁰ CATALA, Pierre. Ebauche d'une juridique de l'information, in: **Informatica e Diritto**, ano IX, jan-apr. 1983, p. 22.

fundamento de uma imprensa livre, bem como o próprio direito à informação. De fato, ordenamentos jurídicos se preocuparam, a priori, com esta última denotação. Podemos observar tal preocupação no artigo XIX da Declaração Universal de Direitos Humanos:

Artigo XIX

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

O direito à informação reflete diretamente na concepção de liberdade que permite, resumidamente, proporcionar mecanismos para que as pessoas interpretem de forma autônoma o meio que lhes cerca, bem como participar de forma ativa e tomar decisões que trazem consequências.

O perfil particular que concerne às relações de consumo é o das informações pessoais, que é definida como a informação referente a uma pessoa determinada ou determinável²¹, apresentado uma ligação concreta, e não hipotética, com a pessoa. Nas palavras de Danilo Doneda,

“O vínculo da informação pessoal com seu titular deve ser de tal natureza a revelar diretamente algo concreto sobre esta pessoa. Assim, a informação pessoal refere-se às suas características ou ações, atribuíveis à pessoa em conformidade com a lei, como no caso do nome civil ou do domicílio, ou então informações diretamente provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes às suas manifestações, como opiniões que manifesta, e tantas outras. É importante estabelecer este vínculo concreto e direto, pois ele afasta outras categorias de informações que, embora também possam ter alguma relação com uma pessoa, não seriam propriamente informações pessoais: as opiniões alheias sobre uma pessoa, por exemplo, não possuem este vínculo concreto e direto; do mesmo modo que a produção intelectual

²¹ Esta é a base da definição presente tanto no Art. 2º da Convenção n. 108 do Conselho da Europa para a proteção dos indivíduos em relação ao processamento automatizado de dados pessoais, como no Art. 1º das Linhas-Guia da OCDE sobre proteção da privacidade e fluxos transfronteiriço de dados pessoais. Esta base foi assimilada pela Diretiva Europeia 95/46/CE em seu artigo 2º, que define como “Dados pessoais qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”.

de uma pessoa, em si considerada, não é per se informação pessoal (embora o fato de sua autoria o seja).²²

Pierre Catala ainda assevera que uma informação é pessoal quando o objeto da informação é a própria pessoa:

“Ainda que a pessoa em questão não seja a ‘autora’ da informação, no sentido de tê-la concebido voluntariamente, ela é a titular legítima de seus elementos. O seu vínculo com o indivíduo é por demais estreito para que fosse de outra forma. Quando o objeto da informação é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade.”²³

Nada obstante, a informação, para ser caracterizada como pessoal, deve obedecer o requisito do vínculo objetivo com a pessoa, afastando, nesse caso, outras categorias de informação que, embora possam ter relação com a pessoa, não seriam propriamente informações pessoais.

A Convenção de Strasbourg, de 1981, pela atuação do Conselho Europeu, ofereceu definição conceitual, no sentido de que informação pessoal “é qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação”²⁴. Em outras palavras, informação pessoal é a que está ligada objetivamente a uma pessoa revelando algum aspecto dela.

As informações pessoais, então, figuram como elementos essenciais na economia da informação para que a pessoa possa ter autonomia e liberdade em seus atos.

O manuseio dessas informações, contudo, é uma atividade de risco, uma vez que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou abusiva desses dados, como a utilização por terceiros sem o conhecimento e autorização do titular.

²² DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Informação Pessoal e sua Tutela. In: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia (pp. 15-36). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça. pp. 20-21.

²³ CATALA, Pierre. Ebauche d'une juridique de l'information, in: **Informatica e Diritto**, ano IX, jan-apr. 1983, p. 20.

²⁴ Convenção nº 108 – Convenção para a proteção das pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados pessoais, art. 2º.

Nesse sentido, nasce a necessidade de criar formas que proporcionem à pessoa o efetivo controle sobre seus próprios dados, que são a expressão direta de sua personalidade, ferindo, dentre outros direitos, o da privacidade. Tanto é assim, que em muitos ordenamentos jurídicos a proteção dos dados pessoais é tida como um instrumento da proteção da dignidade da pessoa humana, com *status* de direito fundamental²⁵.

Nota-se que o fim último da proteção das informações pessoais é a própria proteção da pessoa-consumidor. O que justifica essa proteção jurídica é justamente o vínculo objetivo que a informação pessoal tem com a pessoa, representando-a, sendo considerada a própria pessoa, portanto necessitando de proteção.

Nas palavras de Doneda,

“A proteção de dados pessoais surgiu justamente como forma de regular a utilização de informação pessoal durante o seu tratamento, isto é, nas várias operações às quais ela pode ser submetida após ter sido colhida por uma forma qualquer. Perdido o vínculo que poderíamos descrever como ‘físico’ com seu titular, portanto, a informação pessoal manter-se-ia vinculada a ele através de um vínculo jurídico, determinados pelas normas de proteção de dados pessoais e justificadas pela identidade desta informação com a pessoa”²⁶.

A experiência tem demonstrado a necessidade de tutelas muito mais específicas para a proteção das informações pessoais do que as presentes no direito clássico – a exemplo do direito à imagem – muito por suas especificações técnicas e também pela dificuldade que os lesados têm de reagir a tal lesão.

²⁵ MAÑAS, José Luis Piñar. El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD). In: MAÑAS, José Luis Piñar (dir.). Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 19-36.

²⁶ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Proteção de dados pessoais e relações de consumo. In: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia (pp. 37-56). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça. p. 40.

2.2. A Evolução da Proteção dos Dados Pessoais e Direito à Privacidade nas Relações de Crédito

Nas últimas quatro décadas, os ordenamentos jurídicos têm dado relevância ao tema da proteção de dados pessoais sob diferentes enfoques ao longo do tempo. Viktor Mayer-Scönberger²⁷, atendo a isso, vislumbra diferentes gerações de leis que se aplicam às tecnologias adotadas para o tratamento de dados.

A primeira geração de leis²⁸ intentava normatizar o processamento de dados, no que tange a sua coleta gestão. O centro destas leis era a concessão de autorizações para a criação de bancos de dados e do controle posterior feita através de órgãos públicos²⁹, sendo a própria Administração Pública destinatário principal destas normas, pela utilização das informações pessoais pelo Estado.

A crítica a esta primeira geração reside no fato de que a preocupação era com os bancos de dados propriamente ditos, com terminologia fortemente enraizada na informática, não se atentando ao direito da personalidade e nem prevendo a participação do cidadão neste processo.

Também porque deixava de fora grande parcela de destinatários destas normas, pois os fornecedores, nas relações de consumo, utilizavam-se da mesma maneira dessas informações pessoais. Esta primeira geração de leis tornou-se rapidamente obsoleta, uma vez que os centros processadores de dados multiplicaram-se vertiginosamente, inviabilizando o controle deles por meio de autorizações.

²⁷ MAYER-SCÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, IN: AGRE, Phillip, ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997, pp. 219-242.

²⁸ Exemplo destas leis de primeira geração são a Lei do Land alemão de Hesse, de 1970; a primeira lei nacional de proteção de dados, sueca, que foi o Estatuto para bancos de dados de 1973 – Data Legen 289, ou Datalag, além do Privacy Act norte-americano de 1974.

²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 490.

A segunda geração de leis de proteção a dados pessoais foi exponenciada pela lei francesa de 1978, intitulada *Informatique et libertés*³⁰. A principal característica que diferencia da geração anterior é que o núcleo jurídico não se baseava mais no fenômeno computacional somente, mas atinava também à consideração da privacidade e na proteção dos dados pessoais como uma liberdade negativa, a ser exercida pelo cidadão³¹.

Danilo Doneda, expoente no assunto, afirma que

“Não tardou para que se observasse novamente uma mudança de paradigma na matéria: percebeu-se que o fornecimento de dados pessoais pelos cidadãos tinha se tornado um requisito indispensável para a sua efetiva participação na vida social. O que era exceção veio a se tornar regra. Tanto o Estado como os entes privados utilizavam intensamente o fluxo de informações pessoais para seu funcionamento, e a interrupção ou mesmo o questionamento deste fluxo pelo cidadão implica muito frequentemente na sua exclusão de algum aspecto da vida social. Uma terceira geração de leis, surgida na década de 80, procurou sofisticar a tutela dos dados pessoais, que continuou centrada no cidadão, porém passou a abranger mais do que a liberdade de fornecer ou não os próprios dados pessoais, preocupando-se também em garantir a efetividade desta liberdade. A proteção de dados é vista, por tais leis, como um processo mais complexo, que envolve a própria participação do indivíduo na sociedade e leva em consideração o contexto no qual lhe é solicitado que revele seus dados, estabelecendo meios de proteção para as ocasiões em que sua liberdade de decidir livremente é cerceada por eventuais condicionantes – proporcionando o efetivo exercício da autodeterminação informativa”³².

A dita autodeterminação informativa é uma extensão das liberdades das leis de segunda geração, mas com inúmeras mudanças específicas em sua estrutura.

Agora, o tratamento dos dados pessoais é considerado um processo, mas não se limitando à simples permissão ou não do consumidor à utilização desses dados, como também o inclui nas etapas do processamento

³⁰ Lei 78-17, de 6 de janeiro de 1978.

³¹ Como representante desta geração de leis, podemos mencionar também a lei austríaca (Datenschutzgesetz [DSG]), lei de 18 de outubro de 1978, nº 565/1978; além de que as constituições portuguesa e espanhola apontam neste sentido, mesmo que as leis de proteção de dados destes países tenham surgido somente um pouco mais tarde.

³² DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Proteção de dados pessoais e relações de consumo. In: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia (pp. 37-56). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça. p. 42.

das informações, agregando a compreensão de garantias, como o dever de informação.

O modelo de proteção a dados pessoais é hoje representado pelos países europeus, os quais transcreveram para seus ordenamentos jurídicos o prescrito nas Diretivas Europeias, em especial a 94/46/CE e a 2000/58/CE, também conhecida como “Diretiva sobre privacidade e as comunicações eletrônicas”.

Assim, é possível verificar que, muito embora as gerações de leis de proteção aos dados pessoais tenham suas diferenças, muito há em comum. Desta maneira, observa-se uma convergência de soluções legislativas que permitiram consolidar princípios básicos com relação à matéria, vinculando com a proteção da pessoa e com os direitos fundamentais.

A origem destes princípios é encontrada na tentativa frustrada do estabelecimento do *National Data Center*³³, na segunda metade da década de 60, que consistiria em um banco de dados quase-que-imensurável de todos os cidadãos norte-americanos para uso da Administração Federal.

Fracassada esta tentativa, no início dos anos 70, a *Secretary for Health, Education and Welfare (HEW)* reuniu uma comissão de especialistas que concluiu pela relação direta entre privacidade e tratamento de dados pessoais, e pela necessidade de estabelecer regras de controle sobre as próprias informações:

“A privacidade pessoal de um indivíduo é afetada diretamente pelo tipo de divulgação e utilização que é feita das informações registradas a seu respeito. Um tal registro, contendo informações sobre um indivíduo identificável deve, portanto, ser administrado com procedimentos que permitam a este indivíduo ter o direito de participar na sua decisão sobre qual deve ser o conteúdo deste registro e qual a divulgação e utilização a ser feita das informações pessoais nele contida. Qualquer registro, divulgação e utilização das informações pessoais fora destes procedimentos não devem ser

³³ O National Data Center foi projetado para reunir as informações sobre os cidadãos norte-americanos disponíveis em diversos órgãos da administração federal em um único banco de dados – a partir de um projeto original, que pretendia unificar os cadastros do Censo, dos registros trabalhistas, do fisco e da previdência social. GARFINKEL, Simson. **Database nation. Sebastopol**: O’Reilly, 2000, p. 13. Após acirradas discussões sobre a ameaça potencial que representaria à liberdade individuais, o governo norte-americano desistiu do projeto. MILLER, Arthur. **Assault on privacy**. Ann Arbor: University of Michigan, 1971.

*permitidas, por consistirem em uma prática desleal, a não ser que tal registro, utilização ou divulgação sejam autorizados por lei*³⁴.

Estabelecendo, desta forma, meios de garantias para o cidadão:

“- Não deve existir um sistema de armazenamento de informações pessoais cuja existência seja mantida em segredo.

- Deve existir um meio para um indivíduo descobrir quais informações a seu respeito estão contidas em um registro e de qual forma ela é utilizada.

- Deve existir um meio para um indivíduo evitar que a informação a seu respeito colhida para um determinado fim seja utilizada ou disponibilizada para outros propósitos sem o seu conhecimento.

- Deve existir um meio para um indivíduo corrigir ou retificar um registro de informações a seu respeito.

- Toda organização que estruture, mantenha, utilize ou divulgue registros com dados pessoais deve garantir a confiabilidade destes dados para os fins pretendidos e deve tomar as devidas precauções para evitar o mau uso destes dados.”

Tais apontamentos básicos passaram a ser encontrados em várias normativas sobre proteção de dados pessoais, às quais se refere como os *Fair Information Principles*. Neste sentido, eles formam o núcleo comum dessas normativas, encontradas tanto na Europa, como nas Américas. Em resumo, esses princípios são:

- 1 *“Princípio da publicidade (ou da transparência), pelo qual a existência de um banco de dados com dados pessoais deve ser de conhecimento público, seja por meio da exigência de autorização prévia para funcionar, da notificação a uma autoridade sobre sua existência, ou do envio de relatórios periódicos;*
- 2 *Princípio da exatidão: os dados armazenados devem ser fiéis à realidade, o que compreende a necessidade de que sua coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção, e de que sejam realizadas atualizações periódicas conforme a necessidade;*
- 3 *Princípio da finalidade, pelo qual qualquer utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que se pode, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para certa finalidade (fora da qual haveria abusividade);*

³⁴ E.U.A., **Records, computers and the rights of citizens**. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, 1973, disponível em: <aspe.hhs.gov/datacncl/1973privacy/c3.htm>. Acesso em: 04/08/2014.

- 4 *Princípio do livre acesso, pelo qual o indivíduo tem acesso ao banco de dados no qual suas informações estão armazenadas, podendo obter cópias desses registros, com a consequente possibilidade de controle desses dados; após este acesso e de acordo com o princípio da exatidão, as informações incorretas poderão ser corrigidas e aquelas obsoletas ou impertinentes poderão ser suprimidas, ou mesmo pode-se proceder a eventuais acréscimos;*
- 5 *Princípio da segurança física e lógica, pelo qual os dados devem ser protegidos contra os riscos de seu extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado*³⁵.

Obviamente, cada ordenamento jurídico traz sua peculiaridade a respeito do núcleo mínimo de proteção aos dados pessoais. As mais exaradas em textos normativos, contudo, são esses princípios que estabelecem o mínimo de respeito ao direito de privacidade, tão resguardado nos dias atuais.

Nesse sentido, afirma Têmis Limberger que

*“A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina em que os dados possuem um valor econômico, pela possibilidade de sua comercialização. Diante das novas técnicas de informática, a intimidade adquire outro conteúdo. Visa-se resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Um arquivo informatizado pode guardar um número quase ilimitado de informações. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado”*³⁶.

O direito à privacidade, contudo, não foi sempre um marco regulatório, seja em direito público, seja em privado. A doutrina foi se construindo a partir de estudos alienígenas, em especial o norte-americano.

O marco na doutrina a respeito da privacidade se deu com os estudos de Brandeis e Warren, com a pesquisa intitulada *The right to privacy* e tinha como fundamento o *right to be alone*, ou, em outras palavras, o direito de

³⁵ DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Proteção de dados pessoais e relações de consumo. In: DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia (pp. 37-56). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça. p. 46.

³⁶ LIMBERGER, Têmis. As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 43, jul/set de 2002. p. 273. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ser deixado em paz³⁷ - seu enfoque era o desenvolvimento da tecnologia como um dos meios a promover a publicização de assuntos eminentemente privados.

Em um primeiro momento, o processamento de dados por computadores era destinado somente a órgãos públicos. Com o avanço da informatização, tal estrutura de coleta e armazenamento de informações também ficou disponível para os entes privados.

Assim, o setor comercial foi o primeiro a se beneficiar com tal tecnologia, por meio da formação de bancos de dados que permitiam reunir informações a respeito da saúde econômica de seus clientes – formando, então, os bons e os maus pagadores³⁸. Nessa perspectiva, a informação tornou-se algo mensurável economicamente, vindo a se tornar algo negociável no mercado.

É inegável que a manipulação de informações pessoais trouxe consigo inúmeros benefícios, como a adoção de políticas públicas adequadas ao perfil dos cidadãos residentes em determinado local, a pesquisa sobre inadimplência e o relacionamento de antigos e novos clientes, para citar alguns.

A utilização dos dados pessoais – também conhecidos como dados sensíveis, isto é, capazes de revelar históricos clínicos, orientação religiosa, orientação sexual etc. – que trazem aspectos sobre a intimidade dos indivíduos, constituem afronta ao direito à privacidade.

Nas palavras de José Afonso da Silva,

“O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes

³⁷ BRANDEIS, Louis D. e WARREN, Samuel D. **The right to privacy**. Harvard: Harvard Law Review, v. 4, 1890. p. 193.

³⁸ COSTA, Daiane. **Cadastro positivo não garante redução de juros a bons pagadores, indica Idec**. Disponível em: <<http://nelcismogomes.jusbrasil.com.br/artigos/115377938/cadastro-positivo-nao-garante-reducao-de-juros-a-bons-pagadores-indica-idec>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

*bancos que desvendam a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento*³⁹.

Em última análise, tal perspectiva também afronta o direito à personalidade, porquanto a rápida coleta e o cruzamento de informações com diferentes tipos de bancos de dados restringe a esfera da liberdade do ser humano.

Stefano Rodotá observou que, para além do indivíduo, a esfera que é atingida pelo desrespeito ao direito de privacidade decorrente do uso de informações abarca grupos sociais:

*“Tende-se a mudar o sujeito do qual emana a demanda da defesa da privacidade e muda mesmo a qualidade dessa demanda> vindo em primeiro plano a modalidade do exercício de poder da parte dos detentores públicos e privados das informações, a evocação do direito à privacidade supera o tradicional quadro individualista e dilata-se em uma dimensão coletiva, no momento em que se considera não o interesse do indivíduo como tal, mas como integrante de um determinado grupo social”*⁴⁰.

Assim, a privacidade é retirada somente do indivíduo e é colocada em uma proporção coletiva de forma acertada, tendo em vista a ampla circulação de informações pessoais. Nesse sentido, a proteção da privacidade a partir do controle justamente de tais informações tornou-se um paradigma para o direito.

Os problemas a serem superados pelos ordenamentos jurídicos, contudo, encontram morada na dificuldade de tipificação de quais informações teriam potencial ofensivo, quais os critérios para a concessão da tutela jurisdicional e as formas que o dano poderia ocorrer.

Por esta razão – a existência de novas formas de invasão na esfera privada –, a busca pelo aperfeiçoamento da tutela da privacidade tenta estabelecer condições para o controle efetivo das informações pessoais

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 186-187.

⁴⁰ RODATÁ, Stefano Apud 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, 2001, p 119.

consistentes em bancos de dados. Atentos a isto, ordenamentos jurídicos do mundo todo criaram leis para cuidar da matéria, o que levou à criação dos princípios citados anteriormente.

Busca-se, aqui, tratar a informação e o direito à privacidade sob um viés econômico. Basicamente, no entendimento de Richard Posner⁴¹, o conceito de privacidade entendido pela concepção da informação, é o direito do indivíduo de controlar o fluxo de informações sobre ele próprio.

Para além do desejo humano de ocultação, a proteção das informações pessoais, no sentido de manter-se em segredo, tem como escopo evitar um juízo de valor por parte da sociedade caso tais dados sejam revelados, sendo intrinsecamente ligados à concepção coletiva de privacidade.

Justamente nesse sentido, Posner afirma:

“[...] homossexualidade, raízes étnicas, antipatias, simpatia pelo comunismo ou fascismo, deficiências mentais leves, pequenas passagens pela justiça, brigas conjugais (hábito de enfiar o dedo no nariz) provocam, se revelados, reações irracionais por parte de possíveis empregadores, amigos, credores e assim por diante.”⁴²

Nesse sentido, observa-se que a ocultação – privacidade – tem reflexos diretos na vida social do indivíduo, muito porque ele está inserido em um grupo social, o qual é passível de julgamentos e preconceitos, o que exerce forte influencia na eficiência nas transações sociais.

Posner⁴³ propõe uma sistematização do conceito de *privacy*, que até então havia se desenvolvido semente através de casos concretos. São representadas, então, quatro situações diferentes protegidas pela *Common Law*, nos Estados Unidos da América.

Parte-se entre a) a intromissão na solidão da vida privada de uma pessoa ou em seus assuntos privados; b) a divulgação de fatos embaraçosos

⁴¹ POSNER, Richard. **A economia e a justiça**. (Trad.) Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

⁴² POSNER, Richard. **A economia e a justiça**. (Trad.) Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011. p. 277.

⁴³ POSNER, Richard. **A economia e a justiça**. (Trad.) Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

que afetem à pessoa; c) publicidade que poderia desprestigiar a pessoa perante opinião pública e d) apropriação (com vantagem para a outra parte) do nome ou do aspecto físico do litigante.

A partir disto, foi possível conceber uma proteção jurídica à *privacy*, ou, em outras palavras, nos casos em que a privacidade das pessoas era posta em xeque.

Assim sendo, com criação doutrinária pelo direito americano, quatro aspectos de proteção à privacidade são considerados: o primeiro consiste em que não haja intromissão na vida privada de alguma pessoa, por meio de condutas molestas ou ofensivas. A segunda diz respeito à divulgação de fatos privados ao público, pertencentes também ao íntimo do indivíduo.

Aqui, inclui-se o direito ao esquecimento, que seriam os fatos verdadeiros, que, devido à passagem do tempo ou alguma mudança na vida da pessoa já haviam deixados de ser conhecidos. Em terceiro lugar, a apresentação ao público de circunstâncias pessoais íntimas revestidas de uma falsa aparência (*false public eye*), a fim de deformar considerações em torno de uma pessoa ou torna-las equivocadas. Por último, a apropriação, em benefício próprio, do nome ou da imagem de outra pessoa⁴⁴.

Nesse sentido, observamos que o direito à privacidade pode estar circunscrito em diversas esferas da vida, privada e pública, ambas merecendo proteção do ordenamento jurídico.

No que toca à privacidade nas relações especificamente de consumo, nota-se que as informações pessoais, base do direito à privacidade, têm um valor na sociedade atual, principalmente no que tange às operações de crédito, as quais muitas vezes, sem o consentimento do consumidor, lhe é negada sem justo motivo aparente por fazer parte de bancos de dados que jamais soube da existência ou, ainda, jamais autorizou o uso de seus dados para tal finalidade.

⁴⁴ LIMBERGER, Têmis. As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 43, jul/set de 2002. p. 273. São Paulo: Revista dos Tribunais.

No âmbito dos serviços de banco de dados e pontuação de crédito (histórico de crédito), o direito à privacidade tem especial relevância. Nesse sentido, observa-se que o tratamento de um maior número de informações dos consumidores, viabilizado principalmente pelo avanço dos meios tecnológicos, acaba por afetar sobremaneira o direito à privacidade⁴⁵, ao passo que a divulgação de dados que podem expressar uma avaliação – seja positiva, seja negativa – de seus hábitos de consumo pode representar ofensa também à sua honra⁴⁶.

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. **Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 171/2010**. Ministro Guido Mantega e Ministro Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto. Brasília, 19 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 02/05/2014.

⁴⁶ Nesse sentido, extrai-se da Exposição de Motivos Interministerial referida no tópico 2.3.2 do presente estudo a seguinte passagem: “Ao disciplinar a formação do histórico de crédito, esta medida provisória estabeleceu regras claras sobre as garantias e os direitos dos cidadãos em relação às suas informações pessoais, de modo a permitir a adequada proteção da privacidade do cidadão e possibilitar o tratamento de dados pessoais sob um patamar de licitude e boa-fé. Os dados pessoais merecem uma tutela importante pelo ordenamento jurídico, pois eles representam a própria pessoa e o seu tratamento influencia diretamente a sua vida, modelando e vinculando a sua privacidade e também as suas oportunidades, escolhas e possibilidades. A sua utilização, portanto, deve ter como fundamento a autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações, permitindo que o cidadão possa escolher livremente a sua entrada no cadastro, bem como o seu cancelamento.” BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. **Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 171/2010**. Ministro Guido Mantega e Ministro Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto. Brasília, 19 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 02/11/2013.

3. BANCOS DE DADOS, SCORING E DIÁLOGO DAS FONTES

O conhecimento em relação ao potencial consumidor-tomador é fundamental em nossa sociedade. Para que isso seja possível, existem os bancos de dados, cuja função precípua é angariar informações pessoais sobre o consumidor.

Ressalta-se, portanto, que a confiança se faz como o pilar das operações creditícias, isto porque a base da concessão do crédito é a expectativa de que as obrigações assumidas sejam cumpridas nos prazos estabelecidos. “É indispensável a confiança da parte que fornece o crédito na solvência do devedor”⁴⁷.

Atualmente, o crescimento da sociedade e a evolução tecnológica importaram na diminuição do contato entre as pessoas naturais e jurídicas, o que contribui enormemente para o maior risco nas operações de crédito. Embora a praticidade e celeridade sejam características atuais das relações negociais, notadamente as de consumo, o distanciamento e o desconhecimento sobre os sujeitos dessas relações geraram a assimetria de informações.

A confiança em relação ao cumprimento da obrigação decorre diretamente do grau de informação e conhecimento que se obtém por parte do tomador de crédito. A literatura econômica, por sua vez, salienta que a questão da assimetria das informações constitui-se em verdadeiro entrave para a outorga de crédito por parte dos fornecedores.

⁴⁷ RIZZARDO apud BESSA, Leonardo Roscoe. **Banco de dados de proteção ao crédito e os limites jurídicos do tratamento de informações positivas**. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2008.

A concessão de crédito de forma responsável também é uma preocupação das instituições financeiras, sendo indispensável, para tanto, que uma avaliação do risco de crédito seja possível antes da contratação⁴⁸.

Como solução, os fornecedores forjaram os bancos de dados de consumidores, que são utilizados no Brasil desde a década de 1950. Desde seu surgimento, observou-se uma tendência de crescimento da complexidade desses sistemas de armazenamento de informações dos consumidores.

O referido crescimento se deu principalmente pela evolução dos meios de comunicação, aliados à expansão da Internet e da informática. Assim, o armazenamento e o compartilhamento de informações pessoais permitiram que os bancos de dados de proteção ao crédito e expandissem vertiginosamente.

Justamente por isso – novas formas de armazenamento de informações e rápido compartilhamento delas –, verificou-se necessidade de um regramento jurídico a altura, pois isso pode afetar principalmente a privacidade dos cadastrados, inclusive podendo gerar discriminações entre os consumidores.

Quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990), foram priorizados somente os bancos de dados com relação aos inadimplentes, isto é, cadastro sobre consumidores com dívidas vencidas e não pagas.

Para além da inadimplência, hoje fala-se em cadastro positivo ou histórico de crédito – banco de dados que trazem informações acerca do

⁴⁸ A sociedade brasileira tem sentido, cada vez mais, os efeitos da massificação do consumo a que tem sido exposta. O consumo desenfreado vem gerando problemas gradativamente maiores de inadimplência e de superendividamento, temas que têm chamado a atenção dos estudiosos do Direito do Consumidor. Na pesquisa do CNI-IBOPE intitulada “Retratos da Sociedade Brasileira: Hábitos de Consumo e Endividamento”, de novembro de 2012, 41% dos entrevistados possuíam dívidas ou estavam pagando algum tipo de parcelamento de compra, empréstimo ou financiamento. Os bancos de dados de proteção ao crédito, sob essa perspectiva, são importante ferramenta de viabilização da concessão do crédito consciente. CONFEDERAÇÃO Nacional da Indústria. **Pesquisa CNI-IBOPE: retratos da sociedade brasileira: hábitos de consumo: novembro 2012.** Brasília: CNI, 2012. Disponível: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/12/12/344/20121212110724299049o.pdf>. Acesso em: 15/01/2014.

adimplemento dos cadastrados –, o que ensejou a criação da Lei 12.414, de 09 de junho de 2011 (Lei do Cadastro Positivo)⁴⁹.

No ano de 2009, tomou-se conhecimento no Rio Grande do Sul de uma nova forma de reunião e armazenamento de informações sobre consumidores que, em princípio, era para ser sigilo. Forjava-se, então, os serviços de pontuação de crédito.

Os que se destacaram no período inicial foram o “Crediscore”, administrado pela Câmara dos Lojistas de Porto Alegre (CDL-POA) e “Concentre Scoring”, mantido pelo SERASA.

A legalidade dos serviços de pontuação ao crédito logo tomou lugar no mundo jurídico, muito porque crédito foi negado a consumidores que não estavam cadastrados em banco de dados de inadimplentes, mas que possuíam baixa pontuação de crédito ou mesmo porque possuíam ações na justiça por fazerem valer seus direitos.

3.1. Aspectos Fundamentais dos Bancos de Dados e o Scoring

Foi na década de 1950 que surgiu a preocupação dos fornecedores de serviços de crédito em buscar informações sobre os consumidores a fim de analisar os riscos das operações de crédito, principalmente por causa da expansão das vendas a crédito:

“O surgimento e progressivo aumento da relevância dos bancos de dados de proteção ao crédito estão vinculados diretamente à massificação e anonimato da sociedade de consumo e, mais recentemente, à expansão da oferta de crédito. Quanto menos se conhecem os consumidores, potenciais tomadores de empréstimos, maior a importância e dependência dos arquivos de consumo. Quanto

⁴⁹ “Como reflexo da importância para a vida do consumidor, principalmente em época de forte expansão de crédito, a forma de atuação das entidades de proteção ao crédito é constantemente objeto de atenção do Congresso Nacional. Desde 1991, quando entrou em vigor a Lei 8.078/1990, já foram apresentados mais de quarenta projetos de lei para regulamentar, com a modificação total ou parcial do CDC, as atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito.” BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

*maior a oferta de crédito, mais necessárias são as atividades próprias das entidades de proteção ao crédito*⁵⁰.

Para Bertram Antônio Stürmer⁵¹, ao analisar o período de desenvolvimento dos bancos de dados no Brasil, refere que para a sua disseminação, o que contribuiu de forma decisiva foi a urbanização havida no Brasil ocorrida no final da primeira metade do século passado, bem como a industrialização, o fomento ao consumo e a expansão da utilização do crédito.

Nesse sentido, para que pudesse ocorrer a estruturação dos bancos de dados, Carlos Celso Orcesi da Costa sustenta que

*“Quando a sociedade começou a consumir novos produtos trazidos ao mercado pela indústria do pós-guerra (rádios, geladeiras, telefones, máquinas de lavar, televisores, vestuário ‘pronto para levar’), produtos em seu início caros, nasceu a massificação do crédito. O ‘fiado’ (de confiado) fornecido à moda antiga, para fregueses conhecidos da região, não correspondia mais às necessidades da sociedade dinâmica. Os meios de transporte tornaram fácil a circulação de consumidores entre bairros e cidades, para nem dizer mais tarde entre Estados e países. Numa sociedade que passou a consumir de modo acelerado e quase inconsciente, atrasar ou não pagar passou a se tornar comum. Procedimento senão aceitável, ao menos tolerável. Profundas as diferenças entre o antigo direito romano, em que raros contratavam crédito algumas vezes na vida e o inadimplemento gerava escravidão [...], e a sociedade do século XXI, em que todos contratam negócios algumas vezes a cada dia, pelo que o inadimplemento passa a ser mensurável (ou tolerável) como risco estatístico*⁵².

Os serviços de proteção ao crédito apareceram no Brasil atrelados aos crediários, instrumentos esses de viabilização de crédito⁵³. Não obstante, a complexidade na obtenção, gerenciamento, armazenamento e

⁵⁰ “O surgimento e progressivo aumento da relevância dos bancos de dados de proteção ao crédito estão vinculados diretamente à massificação e anonimato da sociedade de consumo e, mais recentemente, à expansão da oferta de crédito. Quanto menos se conhecem os consumidores, potenciais tomadores de empréstimos, maior a importância e dependência dos arquivos de consumo. Quanto maior a oferta de crédito, mais necessárias são as atividades próprias das entidades de proteção ao crédito.” BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

⁵¹ STÜRMER, Bertram Antônio. Bancos de dados e “habeas data” no Código do Consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 55-94, março de 1992, p. 60.

⁵² COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86

⁵³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

divulgação das informações dos consumidores trouxe a necessidade de centralização desses serviços, a fim de ter uma única finalidade: a proteção ao crédito.

“Os cadastros começaram cuidando apenas do inadimplemento do crediário [...], ampliaram seu foco para alcançar todos os meios de pagamento e atividades empresariais”⁵⁴. Assim, surgiram as associações de lojistas⁵⁵, dando azo à criação das Câmaras de Dirigentes Lojistas que, junstas, formam hoje o conhecido SPC – Serviço de Proteção ao Crédito⁵⁶.

A iniciativa privada percebeu a possibilidade de obtenção de lucros com a criação de bancos de dados de proteção ao crédito. O intuito era criar empresas que armazenassem informações financeiras sobre os consumidores a fim de cobrar dos fornecedores de serviço de crédito pelo acesso a essas informações, sob a ideia de garantir menor risco às contratações creditícias. A mais conhecida do ramo, atualmente, é a Serasa Experian⁵⁷.

Bancos de dados não são privilégios do setor privado. Ao contrário, existem banco de dados no setor público com informações a respeito de inadimplemento e adimplemento e que tais informações “são, diariamente, transferidas para outras entidades de proteção ao crédito”⁵⁸.

Exemplos disto é o CCF – Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos, do Banco Central do Brasil, cuja regulamentação data de 1990⁵⁹,

⁵⁴ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

⁵⁵ “Esses bancos de dados, gerenciados pelas associações comerciais e outras entidades similares, alimentados pelas informações negativas das relações comerciais, passaram a servir como fontes de consultas aos fornecedores associados, coibindo novas concessões de créditos para aqueles que neles estivessem negativados.” COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas abusivas da Serasa e do SPC**: doutrina, jurisprudência, legislação. São Paulo: EDIPRO, 1999, p. 16.

⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 309.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-32.

⁵⁹ BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n.º 1.682, de 1990**. Brasília, 31 de janeiro de 1990. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?N=090014679&method=detalharNormativo>>. Acesso em: 16/04/2014.

o Cadin – Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal, que é um “banco de dados de proteção ao crédito que tem por objetivo realizar o tratamento de informações sobre dívidas não pagas, cujo credor seja qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública Federal, direta ou indireta”⁶⁰, e o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central (SCR), caracterizado por ser uma “base de dados com tratamento (coleta, armazenamento e divulgação) de informações positivas”⁶¹.

Nota-se que a ideia central da formação dos bancos de dados era justamente a verificação do inadimplemento (à exceção do SCR) de consumidores ou entidades para que sirvam de base para análise do risco da contratação de crédito e, assim, a sua negativa.

O que se observa hoje, contudo, é a diferenciação de enfoque que é dado ao banco de dados, haja vista ampla utilização e vastas quantidades e qualidades de informações que neles podem conter, principalmente por causa dos avanços tecnológicos. Nesse sentido,

“[...] a informação sobre o consumidor sempre teve importância para a empresa e para qualquer ramo da atividade humana, mas, com o desenvolvimento da informática, as tecnologias de organização da informação propiciaram um maior uso das informações sobre os consumidores. O que antes provinha da intuição do empresário, hoje pode ser objetivamente pesquisado, ordenado e armazenado para a utilização imediata”⁶².

Antes, eram importantes informações a respeito do inadimplemento das obrigações contraídas. Hoje, fala-se em cadastros

⁶⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

⁶¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

⁶² Stürmer registra que “[...] a informação sobre o consumidor sempre teve importância para a empresa e para qualquer ramo da atividade humana, mas, com o desenvolvimento da informática, as tecnologias de organização da informação propiciaram um maior uso das informações sobre os consumidores. O que antes provinha da intuição do empresário, hoje pode ser objetivamente pesquisado, ordenado e armazenado, para a utilização imediata.”. STÜRMER, Bertram Antônio. **Bancos de dados e “habeas data” no Código do Consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 1, p. 55-94, março de 1992, p. 62.

positivos e histórico de crédito, o que ensejou a promulgação da Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011.

A motivação para a criação desta lei foi a necessidade de legalização de uma forma de cadastramento que permitisse aos bancos de dados reunião de informações sobre adimplemento dos consumidores para a consequente de histórico de crédito, com finalidade de permitir a avaliação do perfil dos consumidores por parte dos fornecedores de crédito, afastando, assim, a exclusividade da utilização de cadastros negativos⁶³.

Pioneiramente, no Rio Grande do Sul, em meados de 2009 foi constatada uma nova forma de serviço de proteção ao crédito, que consistiam em armazenamento e processamento de informações desconhecidas, mas que, juntas, eram capazes de atribuir a determinado consumidor uma pontuação relacionada à probabilidade ou não de adimplir o compromisso assumido.

Sobre a criação do sistema de pontuação ao consumidor,

“Do começo dos anos 1950 até hoje, foram aproximadamente 60 anos de cadastro negativo, que ainda continuará como ferramenta de fácil manejo por alguns. Agora vivenciamos a fase do cadastro positivo, que procurará analisar o conjunto de pagamentos do consumidor durante um certo tempo (por isso também chamado de “histórico”).

E como a revolução da informática (em apenas 30 anos) é exponencial, passaremos também a viver uma nova fase, suficientemente distinta da “análise histórica”, chamada de “análise de risco”. Repetindo, no Brasil estaremos acumulando duas experiências distintas praticamente ao mesmo tempo. Procurando um exemplo didático, a análise de risco é semelhante ao que faz um professor diante da prova ou desempenho escolar dos alunos: atribui nota, classificação ou pontuação (score)⁶⁴.

Bancos de dados de proteção ao crédito são uma espécie de bancos de dados de consumo, que, por seu turno, são espécie do gênero banco de dados. Este último pode ser conceituado como

⁶³ BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 61, p. 11, janeiro de 2007

⁶⁴ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

“[...] banco de dados, para fins do Código do Consumidor, é toda e qualquer reunião de dados pessoais ou de consumo, gerais ou específicos sobre débitos, feita por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, independente da finalidade do dado ou informação.”⁶⁵

Já bancos de dados de consumo são aqueles que têm por finalidade a coleta de informações angariadas no mercado, direcionadas para o próprio mercado para o atendimento de inúmeras finalidades. A proteção do crédito, a análise dos riscos e a outorga ou não deste produto é um dos principais fins observados nos bancos de dados de consumo no Brasil, fazendo com que os conceitos normalmente se confundam entre banco de dados e banco de dados de proteção ao crédito⁶⁶.

Note-se que aqui o banco de dados pode guarda quaisquer informações, diferentemente do banco de dados de proteção ao crédito, que dirá respeito justamente e somente ao crédito.

Por sua vez, Bessa conceitua a espécie “banco de dados de proteção ao crédito” como entidades que tem por principal objeto a coleta, o armazenamento e a transferência a terceiros (credor potencial) de informações pessoais dos pretendentes consumidores à obtenção de crédito⁶⁷.

Atualmente, os bancos de dados podem guardar uma enorme variedade de informações que dizem respeito ao consumidor, não somente aquelas que dizem respeito às dívidas vencidas e não pagas por parte dos cadastrados. Assim, a Lei do Cadastro Positivo trouxe a possibilidade de sofisticação desse sistema, que consistem em observar, também, o histórico do crédito de forma positiva, isto é, com informações sobre adimplementos.

⁶⁵ STÜRMER, Bertram Antônio. **Bancos de dados e “habeas data” no Código do Consumidor**. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 1, p. 55-94, março de 1992, p. 62.

⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77-78.

⁶⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

Levando em consideração esse novo quadro, os bancos de dados de proteção ao crédito podem ser divididos em negativos e positivos⁶⁸.

Os cadastros negativos, popularmente conhecidos como cadastros de inadimplentes, cadastro de devedores ou rol de inadimplentes, é uma espécie de banco de dados de proteção ao crédito que tem por fim a coleta, recepção, armazenamento, gerenciamento e divulgação de informações sobre dívidas vencidas e não pagas pelos consumidores com o objetivo de permitir a instituições financeiras uma avaliação dos riscos e da conveniência da outorga do crédito.

As informações negativas reunidas nesses cadastros incluem, com pequenas variações, o nome da pessoa, CPF ou CNPJ, nome do credor, valor da dívida e data do vencimento⁶⁹. Ainda,

*“O registro só é realizado se houver vencimento da obrigação e ausência do respectivo pagamento. Vencida a dívida, é possível fazer o registro no dia imediatamente posterior ao do vencimento. Todavia, em atenção a normas e regulamentos internos das entidades de proteção ao crédito, é comum exigir-se o transcurso de certo lapso temporal, normalmente 30 dias, antes da inscrição. Em outros termos, a inscrição pretende retratar uma situação de dívida vencida e não paga. Pressupõe-se a existência de dificuldades financeiras em atender aos compromissos passados e daí a impossibilidade econômica da assunção de novas obrigações”.*⁷⁰

Desta maneira, o cadastro negativo possui um triplo efeito: quando se revela concretamente a restrição do pretendente, o primeiro efeito é o da prevenção do outorgante do crédito. Sob a ótica do consumidor, acontece o efeito da punição e, por último, o efeito da cobrança em favor do credor⁷¹.

Já os cadastros positivos, também conhecidos como históricos de crédito, têm a igual finalidade de possibilitar aos fornecedores de crédito a avaliação dos riscos e a conveniência das operações creditícias, mas o

⁶⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁶⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37-38.

⁷⁰ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87-88.

⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38-39.

diferencial reside na possibilidade de redução de taxas de juros aos bons pagadores⁷².

A sistemática é parecida com os bancos de dados negativos – coleta, recepção, armazenamento, gerenciamento e divulgação de informações, só que positivas, as quais, entre outras, destacam-se aquelas relativas a contratos e dívidas com adimplemento habitual – formando o histórico de crédito e a possibilidade de cadastramento neste tipo de banco de dados é facultada ao consumidor, diferentemente dos bancos de dados negativos.

Poderá haver no cadastro positivo, para além do adimplemento de obrigações, informações acerca de veículos em nome da pessoa, relações contratuais com companhias telefônicas, registro de passagens ou de consultas anteriores e uma enorme gama de informações acerca da vida de consumo do indivíduo⁷³.

Bessa salienta a importância de haver limites nas informações armazenadas no banco de dados positivo, invocando o princípio da necessidade, no sentido de que deve ser armazenado somente o mínimo de informações necessárias à análise de riscos de crédito⁷⁴ – mora aqui, então, o ponto nevrálgico da proteção aos demais dados.

São dois os principais motivos para a criação da Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414, de 09 de junho de 2011), quais sejam: (i) possibilitar legalmente a formação do histórico de crédito, de modo que oportunizasse ao mercado de crédito e varejo diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, com a consequente redução do risco de crédito por operação, permitindo a redução dos custos vinculados à expansão do crédito

⁷² BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

⁷³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94-95.

⁷⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. **Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 171/2010**. Ministro Guido Mantega e Ministro Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto. Brasília, 19 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 02/02/2014

de uma forma geral; e (ii) proporcionar novos meios para a redução das taxas de juros⁷⁵.

Quanto à possibilidade de redução das taxas de juros, possibilitada pela Lei do Cadastro Positivo, em comparação com a utilização de cadastros negativos, Bessa explica que

“[...] quando as informações são precárias, reflexos apenas de dívidas vencidas e não pagas, não há como distinguir adequadamente o bom pagador daquele que costumar falhar no cumprimento das obrigações, forçando a distribuição entre todos os consumidores do custo da inadimplência do conjunto de devedores. Ao revés, quando viável, por meio de informações positivas, a identificação do bom pagador, é possível cobrar dele uma taxa reduzida de juros, considerando que o custo de eventual inadimplência será menor ou até inexistente”⁷⁶.

A finalidade, entretanto, precípua da Lei 12.414 foi de criar os “históricos de crédito”. Em seu artigo 1º, está prescrito que “esta lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito”⁷⁷, que nada mais é do que um “conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica”⁷⁸.

Embora possamos olhar o Cadastro Positivo como informações acerca de adimplemento, cumpre destacar que, no histórico de crédito, não há se falar somente em bons pagadores⁷⁹. Justamente por ser um *histórico*, nele poderão estar contidas informações a respeito de eventuais inadimplementos.

Carlos Celso Orcesi da Costa corrobora este entendimento, na medida em que afirma:

⁷⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

⁷⁶ BRASIL. Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em 17/03/2014.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

⁷⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 115.

“Sob a égide do registro de dados negativos (apenas o inadimplemento, que era e continua existindo, inclusive o polêmico dever de comunicar), não havia base jurídica para revelar os adimplementos e pagamentos pontuais. Após edição da Medida Provisória n. 518/2010, é legal a divulgação das boas práticas comerciais da maioria. A soma dos dados de inadimplemento formarão o histórico de crédito, que será positivo quando o consumidor também o for, e será restritivo ou negativo quando o cadastrado for mau consumidor. Portanto, ‘positivo’ é apenas o rótulo. Não significa que o sistema registrará e divulgará tão somente boas lembranças”⁸⁰

Ademais, os bancos de dados de proteção ao crédito não estão limitados pela legislação de elaborar uma avaliação de risco sobre as informações que detêm⁸¹. Assim, é permitido que sejam criados bancos de dados que, pela consideração de adimplementos e inadimplementos, coadunada com a avaliação de riscos, elaborem pontuação sobre os consumidores, especialmente no que tange à possibilidade de o consumidor adimplir ou não a dívida.

Essa análise envolve, portanto, a participação ativa do gestor do banco de dados, que deixou de ser apenas coadjuvante para ser protagonista - através da oferta do serviço de análise de dados ou atribuição de valor numérico à capacidade de crédito do cadastrado. Ao invés de o concedente de crédito analisar o seu próprio risco em função do largo espectro de informações positivas e negativas, passadas e preditivas do futuro, o próprio gestor as resume atribuindo nota⁸².

Nesse diapasão, podemos observar que há dois tipos de histórico de crédito: (a) aquele o qual o banco de dados não elabora avaliação de risco com base nas informações que obtém e (b) o histórico de crédito em que o banco de dados elabora essa avaliação de risco, atribuindo pontuação sobre o consumidor – o *credit score*⁸³.

⁸⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

⁸¹ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

⁸² BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41. Nota 49

⁸³ ANDRADE, Fábio Wendling Muniz de. Impacto da Utilização de Credit Scoring no Resultado Financeiro de Cadeias de Supermercados. **Revista Tecnologia de Crédito**. São Paulo, edição 30, 2002. Disponível em:

O serviço de pontuação de crédito são uma espécie de histórico de crédito em que o próprio gestor do banco de dados formula uma pontuação estatística ao consumidor, através da consideração, coleta, recepção, armazenamento e gerenciamento de elementos a respeito de adimplemento e inadimplemento de obrigações, relacionando tudo à capacidade financeira do cadastrado e à possibilidade de ele adimplir ou não com suas dívidas. A pontuação final é divulgado ao outorgante do crédito para ser considerada, agora por ele próprio, a avaliação dos riscos e da conveniência da concessão do crédito.

Em outras palavras,

“Credit Scoring é um sistema de avaliação de risco de crédito desenvolvido com técnicas estatísticas, o qual, a partir das características de um proponente de crédito, gera uma pontuação que representa o risco a ele associado. Assim, informações como residência do cliente, seu salário, sua profissão, entre outras variáveis, recebem uma pontuação positiva ou negativa, conforme sua influência no risco de crédito. A soma dos pontos das diversas variáveis analisadas fornece o Credit Score do cliente. Quanto maior for a pontuação, menor é o risco de crédito associado ao consumidor”⁸⁴.

“No processo de escoragem é utilizada a experiência da Instituição como base de dados e, por meio de ferramentas estatísticas, define-se a probabilidade de um proponente ser bom ou mau pagador, classificando-o em um nível de risco aceito ou não pela Instituição”⁸⁵.

O entendimento de Carlos Celso Orcesi da Costa não é diferente, na medida em que sustenta:

“A análise de risco busca a mais-valia numérica e/ou analítica dos elementos disponíveis sobre o consumidor. Ao invés do concedente de crédito analisar o risco em função do largo espectro de dados positivos e negativos, informações passadas e preditivas, o próprio gestor as resume atribuindo uma nota ou classificação, seja com seus próprios elementos, seja com o acréscimo de dados fornecidos pela empresa consulente.

<http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revista/2002/30/revista_0166.htm>. Acesso em 08/01/2014.

⁸⁴ MARINHO, Marcelita Marques. Análise de Risco de Crédito para Financiamento Imobiliário em Países Emergentes. **Revista Tecnologia de Crédito**. São Paulo, edição 38, 2003. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revista/2003/38/revista_0205.htm>. Acesso em 08/01/2014.

⁸⁵ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo: Lei n. 12.414/2011 comentada** artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219-220.

[...]

Por detrás da “análise de risco” está a escoragem. Credit score significa pontuação de crédito, muito embora escorar, semanticamente, signifique sustentar, amparar, oferecer apoio, por exemplo, escorar uma parede. A nota ou pontuação do banco de dados se ampara nesse conjunto de elementos de adimplemento e inadimplemento do cadastrado para devolver a resposta à empresa consulente”⁸⁶.

Em meio à evolução da tecnologia e da facilidade de compartilhamento e processamento de informações, os gestores de bancos de dados perceberam que as informações ganharam *status de commodities*, isto é, possuíam valor econômico, o que ensejou, a partir dos anos 2000, no Brasil, o aparecimento de serviços de pontuação de crédito, baseado no histórico do consumidor.

As informações pessoais que consistem o histórico de crédito são absolutamente maiores do que o simples cadastro negativo ou positivo, analisando também o perfil comportamental do consumidor, podendo afetar – se mal manejados – sua privacidade e honra. Sobre o assunto, Bessa expõe que

“[...] as entidades de proteção ao crédito (SPC, Serasa, CCF), embora não sejam a única espécie de bancos de dados de consumo, são as que têm despertado maior interesse da doutrina e da jurisprudência, em razão do seu decisivo e fatal poder na vida do consumidor: excluí-lo ou não do mercado de consumo. Os números também impressionam e justificam atenção diferenciada: são milhões de pessoas expostas às suas atividades, as quais, embora relevantes para a dinamicidade da economia e do mercado, são potencialmente ofensivas a direitos de personalidade – honra e privacidade – que, antes de obterem regramento infraconstitucional, devem ser vistos como direitos fundamentais e projeções da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 5º, X)”⁸⁷.

Dessa maneira, o conceito de histórico de crédito, muito também por ser derivado do conceito de banco de dados, está sujeito às normas

⁸⁶ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo**: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220.

⁸⁷ Claudia Lima Marques cita Edgar Morin ao afirmar que “[...] na complexidade do mundo atual, o intérprete ou o aplicador da lei na prática deve aprender a ‘saber ver’ e a ‘saber pensar’. Isto é, saber identificar e analisar as características e elementos que compõem o objeto a ser estudado, que compõem a lei a ser aplicada.”. MORIN *apud* BENJAMIN; MARQUES; BESSA. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89.

protetivas do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 12.414, a fim de conferir maior proteção jurídica aos cadastrados.

3.2. O Necessário Diálogo das Fontes: o Código de Defesa Do Consumidor e a Lei 12.414/2011

Há atualmente no Brasil duas leis que regulam diretamente a matéria dos bancos de dados de proteção ao crédito e, conseqüentemente, a proteção de dados pessoais: a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor e a Lei n. 12.414/11 – Lei do Cadastro Positivo.

Tais disposições das referidas leis permitem a existência dos bancos de dados de proteção ao crédito, uma vez que são considerados úteis para a dinamicidade da economia, beneficiando o fornecedor e o próprio consumidor, mas também impõem limites e regras para sua atuação, diante da necessidade de proteção da privacidade e da honra dos consumidores que estão sujeitos às práticas por parte dos gestores de bancos de dados⁸⁸.

Portanto, nota-se que há duas normas a serem aplicadas ao caso concreto, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo. Assim, pela visão antiga de resolução de antinomias, uma regra deveria se sobrepor a outra.

Propõe-se, então, a aplicação da teoria do diálogo das fontes⁸⁹. Essa teoria foi idealizada na Alemanha pelo ilustre jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg e trazida ao Brasil pela Profa. Dra. Claudia Lima Marques.

⁸⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 305.

⁸⁹ Para a compreensão da teoria do “diálogo das fontes”, apresentada no Direito pátrio por Cláudia Lima Marques, influenciada pelo mestre de Heidelberg, professor Erik Jayme, ler: MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista de Direito do Consumidor. n. 51. p. 34-67, jul.-set., 2004.

Seu principal postulado diz que o direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada. Segunda ela, uma norma jurídica não excluiria a aplicação de outra, mas complementar. Sobre o diálogo das fontes, Claudia Lima Marques, com maestria, esclarece:

“É o chamado ‘diálogo das fontes’ (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, Recueil des Cours, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours, II, p. 60 e 251 e ss.).

O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (cohérence dérivée ou restaurée), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”⁹⁰.

Levando em consideração a teoria do diálogo das fontes como uma forma de humanizar o direito frente às novas necessidades da pós-modernidade, tem-se que é necessário o diálogo *entre* as fontes – Código de Defesa do Consumidor e Lei do Cadastro Positivo – a fim de que seja efetiva a proteção do consumidor na problemática dos bancos de dados e histórico de crédito.

⁹⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90.

Nas palavras de Bruno Miragem,

“Trata-se de uma teoria, sem dúvida, visionária. Afirma a superação da noção de conflito entre leis, substituída pela de coordenação. E a possibilidade de coordenação e aplicação de diferentes leis sobre um mesmo caso, de forma orientada, justamente, pela proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana”⁹¹.

Nesse sentido, parece correta a aplicação conjunta das duas normas protetivas, haja vista tratarem do mesmo objeto. Afirmando este entendimento, a própria Lei do Cadastro Positivo, em seu artigo 1º, prescreve: “Esta lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor”⁹².

Como já estabelecido, no histórico de crédito não consta somente informações positivas sobre o consumidor, isto é, não são somente dados sobre o adimplemento de obrigações, mas também existem informações negativas (inadimplementos), o que, também, justifica a aplicação conjunta tanto da Lei do Cadastro Positivo – por conter informações positivas – e o Código de Defesa do Consumidor – mister no que concerne a informações negativas.

Bessa assenta este entendimento, ao afirmar que “[...] os princípios (boa-fé objetiva, transparência, proteção à dignidade do consumidor, entre outros) [...], bem como seus conceitos legais e doutrinários (consumidor, fornecedor, banco de dados e cadastro de consumo), devem ser considerados e aproveitados na interpretação da Lei 12.414/2011”⁹³.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 9-12.

⁹² BRASIL. Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em 17/10/2013.

⁹³ BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

Importante salientar que os destinatários dessas leis são pessoas jurídicas e físicas⁹⁴, também termos do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, sendo os consumidores representados por todas as pessoas determináveis, ou não, expostas às práticas dos bancos de dados de proteção ao crédito⁹⁵.

Outro aspecto fundamental a destacar é o vínculo jurídico que justifica tal proteção estatal que se dá entre os consumidores e os fornecedores de crédito e os gerenciadores de bancos de dados para a formação dos históricos de crédito. Segundo o texto da própria Lei do Cadastro Positivo, o vínculo jurídico é o consentimento informado, nos termos do artigo 4º.

O vínculo jurídico, entretanto, não é absoluto, no sentido de que uma vez consentido, poderá ser extinto. Desta maneira, o vínculo poderá ser revogado a qualquer tempo, desde que solicitado pelo consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, não reconhece esse vínculo jurídico entre os fornecedores e gestores de bancos de dados e os consumidores, já que não há uma relação contratual entre as partes. O que é reconhecido, entretanto, é o caráter preventivo da proteção prevista na norma especial para não limitar a incidência dessa proteção aos casos em que há relação contratual prévia entre esses sujeitos, de maneira a legitimar a sua aplicação⁹⁶.

Com relação à aplicação de tais Leis, o direito do consumidor, através do artigo 4º da Lei 8.078/90, estabelece, além de garantias (dignidade, saúde e segurança, proteção dos interesses econômicos, melhoria da qualidade de vida do consumidor, transparência e harmonia nas relações de consumo), diversos princípios (vulnerabilidade, defesa do consumidor pelo Estado, boa-fé objetiva, equilíbrio nas relações de consumo, informação e

⁹⁴ Op. Cit. p. 79.

⁹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169-170.

⁹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 169-170.

educação, confiança ou segurança e qualidade, combate ao abuso etc.)⁹⁷ que devem orientar a aplicação de todas as normas de seu próprio código e, por conseguinte, da Lei do Cadastro Positivo; tal se justifica justamente pelo necessário diálogo entre as fontes⁹⁸.

Ainda, complementando e forjando a aplicação dos princípios, temos o rol de direitos básicos do consumidor consolidados, elencados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. Eles podem ser esquematizados, segundo Claudia Lima Marques, como direitos (1) à vida, à saúde e à segurança – inciso I; (2) à liberdade de escolha – inciso II; (3) à informação – inciso III; (4) à transparência e à boa-fé – inciso IV; (5) à proteção contratual – inciso V; (6) à prevenção e à reparação de danos morais e materiais – inciso VI; (7) ao acesso à justiça e à inversão do ônus da prova – incisos VII e VIII; e (8) aos serviços públicos adequados e eficazes – inciso X⁹⁹.

Fala-se em direitos básicos consolidados, pois, com os anteprojetos de leis que visam a atualizar o CDC, poderão ser inseridos no rol de direitos básicos do consumidor as seguintes disposições:

“XI – a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico;

XII – a liberdade de escolha, em especial frente às novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”¹⁰⁰.

⁹⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 67-68.

⁹⁸ Noção de diálogo das fontes, segundo Leonardo Roscoe Bessa, pressupõe que os princípios do Código de Defesa do Consumidor devem ser levados em consideração na interpretação da Lei n.º 12.414/2011. BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo: comentários à Lei 12.414**, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 77.

⁹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70 e segs.

¹⁰⁰ Dos anteprojetos finais da comissão de juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor, destacam-se, porque pertinentes ao tema, as alterações propostas ao seu art. 6º. No aperfeiçoamento do Código com relação ao comércio eletrônico, salienta-se a inclusão dos incisos XI e XII: “XI - a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico” e “XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo.”. No aperfeiçoamento do Código com relação à prevenção do superendividamento, por sua vez, salienta-se a inclusão do inciso XI:

Tais incisos a serem inseridos no Código vão ao encontro da Lei do Cadastro Positivo, uma vez que essas previsões constam já no referido texto de Lei, mas de maneira pormenorizada, especificando ainda mais o direito dos cadastrados.

Na Lei 12.414/2011, em seu artigo 5^o¹⁰¹, está disposto que o consumidor que buscar a proteção concedida nessa norma terá direito (1) ao cancelamento do cadastro – inciso I; (2) ao acesso gratuito às informações veiculadas – inciso II; (3) a buscar a correção de informações erradas – inciso III; (4) a receber informações concernentes à análise de risco – inciso IV; (5) a receber informações sobre armazenamento, identidade do gestor e sobre o compartilhamento – inciso V; (6) à revisão de decisão automatizada – inciso VI; e (7) e a ter garantida a finalidade dos dados coletados – inciso VII.

Após breve análise dos dispositivos pertinentes aos bancos de dados e ao histórico de crédito (haja vista constatar que histórico de crédito é uma espécie de banco de dados), sobressaltam-se aos olhos princípios que devem ser observados e aplicados soberanamente, como o princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem os direitos de personalidade e, assim, o direitos básicos garantidos pela Lei do Cadastro Positivo.

“XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas.”. BRASIL. Senado Federal. **Anteprojetos finais da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor.** Senador José Sarney. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf>. Acesso em 16/05/2014.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em 17/01/2014. Art. 5º: Art. 5o São direitos do cadastrado: I - obter o cancelamento do cadastro quando solicitado; II - acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento; III - solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até 7 (sete) dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais ele compartilhou a informação; IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; V - ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento; VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

O principal direito que está em xeque é, em especial, o direito à privacidade, de sorte que trata de dados e informações pessoais dos consumidores. Assim, a transparência e a objetividade são características essenciais para assegurar a legitimidade dos bancos de dados, principalmente a respeito do *credit scoring*.

Caso o consumidor seja excluído do acesso a determinados bens e produtos constantes do mercado de consumo em decorrência desse sistema de avaliação e pontuação, é de suma importância que os critérios definidores e atribuidores da possibilidade de pagamento, bem como de estabelecimento de pontuação de adimplementos ou não do passado, sejam transparentes e publicizados.

Não obstante, a utilização desses sistemas de cadastros deve estar prevista contratualmente e o consumidor deve ser previamente informado sobre o seu cadastramento, os critérios e seus efeitos, tanto positivos quanto negativos. Se assim não for, será contrário aos princípios de proteção de dados pessoais, Lei do Cadastro Positivo e Código de Defesa do Consumidor, tornando-se, assim, ilegítimo.

Da mesma forma, a Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 171/2010 – MF/MJ, de 19 de novembro de 2010, da Medida Provisória n.º 518, de 30 de dezembro de 2010, convertida na Lei n.º 12.414, de 09 de junho de 2011, também contemplava a proteção dos direitos de personalidade no que concerne ao histórico de crédito:

“8. Buscando resguardar a privacidade do cadastrado e o uso indevido das informações, o § 1º do art. 3º estipula que as informações armazenadas devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, e devem se restringir àquelas que sejam entendidas como necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado. Neste entendimento, o § 3º do art. 3º disciplina que as informações tidas como excessivas ou sensíveis estão proibidas de serem anotadas”¹⁰².

¹⁰² BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. **Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 171/2010**. Ministro Guido Mantega e Ministro Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto. Brasília, 19 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 02/02/2014.

Diante de todas as considerações até aqui apresentadas, vê-se que esses serviços de bancos de dados positivos contrariam a exigência das normas consumeristas com relação à qualidade e transparência das informações.

Isto se dá porque as gestoras destes serviços não levam em conta a ciência que deve ser dada ao consumidor sobre a existência desses cadastros em seu nome e também porque não promovem o acesso gratuito às informações constantes desses bancos de dados, que, *per se*, devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão. Outro ponto importante a ser destacado é que essas informações são também vendidas a outros gestores, sem, obviamente, a anuência do consumidor.

Por fim, os critérios de avaliação dos cadastros positivos e históricos de crédito devem ser considerados, pois o art. 5º da Lei 12.414, afirma que o consumidor tem o direito de “conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardando o segredo empresarial”. Como estes critérios não são divulgados e, muitas vezes, são subjetivos, prejudica o consumidor no sentido de ele não poder exercer seu “direito de correção”, prelecionado no art. 43, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como no mesmo artigo 5º da Lei 12.414/2011.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ambiente atual é marcado pelo surgimento de novas tecnologias e técnicas, as quais são usadas em todos os seguimentos da vida, inclusive no plano do consumo. Nesse sentido, as novas técnicas daí advindas estavam situadas em situações específicas, não gerando problemas com relação aos consumidores. Contudo, a utilização em grande escala destas técnicas, juntamente com a penetração da Internet mudou substancialmente o cenário, transformando a informação no elemento crucial da nova economia.

A administração das informações demonstrou-se delicada neste novo panorama, pois novas e poderosas estruturas passaram a se formar em torno do domínio e controle sobre a informação, particularmente nas que concernem às informações pessoais, cujo tratamento interessa privativa e diretamente à pessoa, sua privacidade e liberdade.

Assim, a necessidade de uma regulação para tratamento e manejo das informações pessoais não estão arraigadas somente na ideia de liberdade absoluta e gratuidade, ante as evidências de que o domínio sobre a informação pode ser instrumentalizado para finalidades diversas, muitas em benefício, mas na esmagadora maioria contra os direitos do consumidor.

A proteção de dados precisa de uma tutela ampla, geral, mas também específica. Para tanto, encontra-se fundamento constitucional e assume, tal direito, feições de direito fundamental, posto que se destina à proteção da pessoa frente a interesses originados de uma pluralidade de fontes, seja na esfera privada ou pública.

A promoção da privacidade e autodeterminação do consumidor é um importante instrumento para a consolidação da confiança e, efetivamente, para também aumentar o controle que o consumidor tem sobre suas próprias informações. Nesse sentido, observa-se que a proteção de dados pessoais pelo Código de Defesa do Consumidor não é enquadrada corretamente para todos os casos, deixando lacunas na legislação, principalmente no que toca os bancos de dados positivos e o *scoring*.

Os serviços de pontuação de crédito, baseado no histórico de crédito, são expansões do armazenamento de informações que a tecnologia possibilitou e são enquadrados no conceito de bancos de dados de proteção ao crédito.

O principal marco legal que veio regular o manejo das informações dos consumidores nas relações de crédito para a formação de cadastro positivo foi a promulgação da Lei n.º 12.414 de 09 de junho de 2011, muito embora conste no Código de Defesa do Consumidor disposições a respeito do tema.

Essa norma, não obstante ser conhecida como Lei do Cadastro Positivo, não se limita somente a este tema, porém também abrange a criação do chamado histórico de crédito, que não guarda somente informações sobre adimplementos, mas uma enorme gama de dados. Assim, os mantenedores desses históricos viram a possibilidade de transformá-lo em um lucrativo produto, não levando em consideração, assim agindo, os direitos do consumidor.

A maneira como são mantidos e manejados os dados pessoais dos consumidores é ilegal, haja vista as garantias previstas na legislação consumerista, que são intrinsecamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem os direitos de personalidade, privacidade e honra – os quais têm especial relevância no âmbito da pontuação do crédito.

Por fim, de acordo com a realidade apontada, verifica-se que, caso as disposições da Lei 12.414/2011 e do Código de Defesa do Consumidor fossem respeitadas, os bancos de dados (positivos e negativos) e o histórico de crédito seriam perfeitamente legítimos. O que, atualmente, não ocorre. Os mantenedores de tais bancos os veem como produtos, livres de quaisquer incidências legais, o que afronta o direito dos consumidores de ter sua honra, privacidade e personalidade respeitados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Fábio Wendling Muniz de. Impacto da Utilização de Credit Scoring no Resultado Financeiro de Cadeias de Supermercados. **Revista Tecnologia de Crédito**. São Paulo, edição 30, 2002. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revista/2002/30/revista_0166.htm>. Acesso em 08/01/2014.

BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 61, p. 11, janeiro de 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et all.* – **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8ª ed. RJ: Forense universitária, 2004.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 308.

BERTONCELLO, Káren; 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**. Jul/set de 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Banco de dados de proteção ao crédito e os limites jurídicos do tratamento de informações positivas**. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo**: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31-32.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 186-187.

BRANDEIS, Louis D. e WARREN, Samuel D. **The right to privacy**. Harvard: Harvard Law Review, v. 4, 1890. p. 193.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n.º 1.682, de 1990**. Brasília, 31 de janeiro de 1990. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?N=090014679&method=detalharNormativo>>. Acesso em: 16/04/2014.

BRASIL. **Lei Federal 8.070 de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 de abril de 2014.

BRASIL. **Lei n.º 12.414, de 9 de junho de 2011**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em 17/01/2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. **Exposição de Motivos Interministerial (EMI) n.º 171/2010**. Ministro Guido Mantega e Ministro Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto. Brasília, 19 de novembro de

2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-171-MF-MJ-MPV-518-10.htm>. Acesso em: 02/05/2014.

BRASIL. Senado Federal. **Anteprojetos finais da Comissão de Juristas para atualização do Código de Defesa do Consumidor**. Senador José Sarney. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf>. Acesso em 16/05/2014.

CASTELLS, Manuel: **A sociedade em rede** (A era da informação, economia, sociedade e cultura). V. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CATALA, Pierre. Ebauche d'une juridique de l'information, in: **Informatica e Diritto**, ano IX, jan-apr. 1983.

CONFEDERAÇÃO Nacional da Indústria. **Pesquisa CNI-IBOPE: retratos da sociedade brasileira: hábitos de consumo: novembro 2012**. Brasília: CNI, 2012. Disponível: <http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_24/2012/12/12/344/20121212110724299049o.pdf>. Acesso em: 15/01/2014.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro positivo: Lei n. 12.414/2011 comentada artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Daiane. **Cadastro positivo não garante redução de juros a bons pagadores, indica Idec**. Disponível em: <<http://nelcisgomes.jusbrasil.com.br/artigos/115377938/cadastro-positivo-nao-garante-reducao-de-juros-a-bons-pagadores-indica-idec>>. Acesso em: 12 de maio de 2014.

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas abusivas da Serasa e do SPC: doutrina, jurisprudência, legislação.** São Paulo: EDIPRO, 1999.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça.

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, 2001.

E.U.A., **Records, computers and the rights of citizens.** Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, 1973, disponível em: <aspe.hhs.gov/datacncl/1973privacy/c3.htm>. Acesso em: 04/08/2014.

GARFINKEL, Simson. **Database nation. Sebastopol:** O'Reilly, 2000.

GIBSON, William. Google is Earth, In: **The New York Times**, 31 de agosto de 2010.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. Estatísticas do superendividamento no sul do Brasil: Perfil, resultados comparativos e principais experiências com a renegociação. In: MARQUES, Claudia Lima, LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento** - Cadernos de investigações científicas (pp. 127-138). Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça.

LIMBERGER, Têmis. As informações armazenadas pela instituição bancária e o direito à intimidade do cliente. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 43, jul/set de 2002. p. 273. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LYON, David: The roots of the information society idea. In: O'SULLIVAN, Tim, JEWKES, YVONNE: **The media studies reader**. pp. 384-402. Londres: Arnold, 1998.

MAÑAS, José Luis Piñar. El derecho fundamental a la protección de datos personales (LOPD). In: MAÑAS, José Luis Piñar (dir.). **Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, pp. 19-36.

MARINHO, Marcelita Marques. Análise de Risco de Crédito para Financiamento Imobiliário em Países Emergentes. **Revista Tecnologia de Crédito**. São Paulo, edição 38, 2003. Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/publicacoes/revista/2003/38/revista_0205.htm>. Acesso em 08/01/2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes**: o Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 51. p. 34-67, jul.-set., 2004.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MAYER-SCÖNBERGER, Viktor. General development of data protection in Europe, In: AGRE, Phillip, ROTENBERG, Marc. **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997, pp. 219-242.

MILLER, Arthur. **Assault on privacy**. Ann Arbor: University of Michigan, 1971.

MIRAGEM, Bruno. Apresentação. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

POSNER, Richard. **A economia e a justiça**. (Trad.) Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SCHMITT, Cristiano; BARBOSA, Fernanda. **Cadernos de Direito do Consumidor - Parte Geral**. Porto Alegre: Escola Superior de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul/Procon-RS, 2010.

STÜRMER, Bertram Antônio. Bancos de dados e “habeas data” no Código do Consumidor. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 1, p. 55-94, março de 1992.

UNIÃO EUROPEIA, “**Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**”. Nice, 7 de Dezembro de 2000.

WIENER, Norbert. **Cybernetics**. Cambridge: MIT Press, 1961.