TRATAMENTO À INFORMAÇÃO E ILICITUDE: OS BANCOS CADASTRAIS POSITIVOS, A RELAÇÃO DE CONSUMO E O DIREITO À PRIVACIDADE

(TREATMENT TO INFORMATION AND ILLEGALITY: POSITIVE DATABASES REGISTRATION, THE RELATIONSHIP OF CONSUMPTION AND THE RIGHT TO PRIVACY)

Maria Cláudia Cachapuz[1]

Resumo (Abstract)

Este artigo propõe a discussão sobre autodeterminação informativa, compreendendo o tema da confiança e do consentimento em face das atividades específicas de armazenamento, registro e transmissão de dados nas relações de consumo. Propõe o debate quanto à reciprocidade de conduta na esfera pública relativamente ao ato de conhecer o que há de informação sobre o indivíduo e como se manifesta o tratamento da informação pela gestão dos bancos de dados nominativos. O artigo ainda se preocupa em debater o conceito de autodeterminação informativa e como se dispõe um direito geral de liberdade à possibilidade do exercício de sua restrição. No texto, além da apreciação sobre os princípios orientadores de um direito de acesso, há o debate sobre o controle na transmissão de dados nominativos e a medida de identificação de situações de ilicitude em concreto.

(This paper proposes a discussion of informational self-determination, including the issue of trust and consent in view of the specific activities of storage, recording and transmission of personal databases in consumer relations. Proposes the debate regarding the reciprocity of conduct in the public sphere regarding the act of knowing what information about the individual and how it manifests treatment information for managing databases nominative. The article also discuss the concept of informational self-determination and how it provides a general right of freedom to the possibility of the exercise of its restriction. In the text, in addition to the assessment of the guiding principles of a right of access, there is the debate about controlling the transmission of personal data and the extent of identifying situations of illegality in concrete.)

[1]Doutora em Direito pela UFRGS. Professora da Faculdade de Direito do Unilasalle. Juíza de Direito no RS.

Palavras-Chave (Key Words)

Direito do Consumidor. Transmissão de dados. Ilicitude e restrições.

(Consumer Law. Transmission of personal data. Illegality and restrictions.)

> *A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da Informática e a possibilidade de controle unificados das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão, objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir ao Estado ou ao particular para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica (AGUIAR JR., RUY ROSADO. STJ, 4ª Turma, REsp. nº 22.337-8-RS, julgado em 13.02.1995).*

Introdução

A tônica forte, empregada na argumentação exposta pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., em julgamento ainda no ano de 1995, no Superior Tribunal de Justiça, revela a preocupação existente, já nas últimas décadas do século XX, por doutrina e jurisprudência, com a proteção de direitos de personalidade mesmo antes de uma consolidação segura da interpretação mais correta às disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) ou da codificação de uma nova lei civil, por meio da edição da Lei nº 10.406/02. Uma situação que não se esperava diversa à testagem de normatividade junto às Cortes superiores do país, tratando-se de uma época ainda próxima à experiência jurídica brasileira de reserva de informações sob a alegação estatal de proteção a um interesse público mais relevante ou de preservação a situações de segurança nacional.

Não era, na oportunidade, difícil se encontrarem situações como a do jovem João Carlos Gabrois, que conheceu o pai, militante político, pela primeira vez aos 19 anos de

idade. O encontro ocorreu em meio a pastas de documentos numa sala da Secretaria de Cultura do Estado de São Paulo em março de 1992. A foto de André Gabrois, integrante do Partido Comunista do Brasil e morto no incidente conhecido como Guerrilha do Araguaia em 1973, era apenas uma entre as centenas espalhadas na mesa. Como muitos outros familiares de desaparecidos, João Carlos apenas revelava o desejo de saber onde se encontravam os restos mortais do pai, para proporcionar-lhe "um sepultamento normal, desses que todas as famílias fazem"[2].

O relato oferecido pela família Gabrois era semelhante, à época, ao de outras famílias também vítimas do desconhecimento de dados e informações sobre parentes desaparecidos no período dos governos militares no Brasil. Também não se diferenciava de narrativas decorrentes de episódios históricos semelhantes presenciados, há algumas décadas, no continente americano.

A falta de acesso a informações privilegiadas – por vezes, sob a alegação de preservação de um interesse público mais relevante, de soberania nacional -, mesmo após o período de chamada abertura democrática, demonstra o nítido reflexo de que uma das formas mais efetivas de domínio sobre o indivíduo – e, especificamente, sobre o exercício da autonomia privada – se dá pelo controle da privacidade ou do exercício de uma liberdade de ser deixado só. Não foram poucas as famílias que ficaram sem enterrar ou reverenciar seus mortos por desconhecerem o paradeiro dos mesmos. Em contrapartida, o silêncio privilegiou a situação político-jurídica de quem contribuiu para que pessoas desaparecidas não fossem enterradas por seus próprios familiares.

Em que pese se possa hoje reconhecer uma superação do episódio inicialmente narrado pelo sacrifício dos próprios cofres públicos no pagamento de indenizações pelos ilícitos reconhecidos no passado político brasileiro e pela publicação de uma normativa ampla em relação ao acesso de informações públicas (Lei nº 12.527, de 18.11.2011), muito há ainda que ser feito em relação à interpretação da normatividade posta, de forma a garantir-se efetividade e correta aplicação aos enunciados dogmáticos editados.

A proposta de análise do conceito de *autodeterminação informativa* nesse contexto visa compreender uma situação jurídica corriqueiramente levada à apreciação dos tribunais: o enfrentamento da tutela da privacidade quando em discussão o registro, o

[2] Relato reproduzido em trecho da reportagem "Uma luz no porão", de autoria de Antônio Carlos Padro e Luís Fernando Sá, publicada na Revista Isto É/Senhor, nº 1173, de 25.03.1992. Sobre a matéria já dediquei parcial estudo no texto "Informática e proteção de dados: Os freios necessários à automação", in Revista da Ajuris, AJURIS, Porto Alegre, nº 70, 1997, p. 374-409.

armazenamento e a transmissão de dados pessoais. A questão de fundo é, na essência, o problema do "impulso à auto-exposição" (ARENDT, 1993, p. 28), não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, compartilhando experiência tecnológica e informações próprias a seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja *aparecer* e, em determinada medida, fazer-se visto, "por feitos e palavras" (ARENDT, 1993, p. 28), pelos demais[3].

A ação e reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício tecnológico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Paul Virilio menciona o exemplo de uma pessoa que "para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la" (VIRILIO, 1999, p. 61) instala câmeras de vídeo na residência, permitindo que os visitantes de seu espaço de divulgação na Internet possam auxiliá-la no combate a eventuais fantasmas, num exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Poder-se-ia, portanto, questionar em que medida a esfera pública - ou aquilo que a represente no mundo das aparências (ARENDT, 1993) - tem-se traduzido em espaço de reflexão ao indivíduo - na essência, resguardado ao privado -, ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

Em sentença de 15 de dezembro de 1983[4], o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada. Isso significa compreender que informações compartilhadas só podem permanecer públicas porque existente o conhecimento do titular acerca de sua extensão. Ainda assim, a liberdade de autorização individual ao que se faz divulgado permite restrições, considerando o Tribunal Constitucional que "a autodeterminação é uma condição elementar de funcionamento de uma comunidade democrática fundada sobre capacidade de

[3]Ver estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da "autodeterminação informacional", em Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 242).

[4] BVerfGE 65,1.

agir conjuntamente de seus cidadãos. [...] A informação, ainda quando relacionada a pessoa, apresenta uma figuração da realidade social, a qual não pode ser exclusivamente subordinada ao afetado"[5].

Ao afirmar a liberdade de conduta, embora esta não se encontre insuscetível de restrição, o Tribunal Constitucional permite, abstratamente, uma reciprocidade de conduta na esfera pública (confiança externa) para conhecer e tornar conhecido o que é intimo e privado. Possibilita o Tribunal Constitucional que se compatibilizem princípios de liberdade e de dignidade humana, reconhecendo tanto o livre arbítrio ao indivíduo - e, assim, a possibilidade de discutir uma vontade no âmbito público - como a proteção ao que é de sua essência (a dignidade). Daí a possibilidade de se "garantizar la esfera personal estricta de la vida y la conservación de sus condiciones básicas" (ALEXY, 2001, p. 356) sem que se abdique de uma concepção igualmente ampla de liberdade ao indivíduo e, mais especificamente, de livre desenvolvimento de sua personalidade.

A concepção de autodeterminação informativa, nos termos como acolhida pelo tribunal alemão, autoriza, então, o critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público aquilo que pertence, com exclusividade e reserva, ao indivíduo. Segue, de forma muito próxima, a condição de universalização da conduta, como critério de igualdade num plano ideal, a fim de justificar, por uma figura abstrata, a restrição de um direito de liberdade individual. Ou seja, persegue a ideia de que para agir de forma livre é necessário que o indivíduo possa determinar a sua ação numa esfera pública - o que só se torna possível na medida em que exista também uma autolimitação[6].

Ao fundo, trata-se do acolhimento do que Kant desenhou, segundo Luc Ferry (2012, p. 14), como o "reino dos fins", em que funda o humanismo moderno, seja no plano moral, seja no plano político-jurídico, "na única vontade dos homens, contanto que eles aceitem se autolimitar, compreendendo que sua liberdade deve às vezes parar onde começa a do outro" [7]. A possibilidade de restrição à liberdade assegurada em abstrato – ainda que

[5] BVerfGE 65,1, em tradução livre da versão alemã.

[6] Seguindo o pensamento de Galuppo, "isso reconduz, inevitavelmente, à questão do imperativo categórico: devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser, como já disse, *auto*limitação, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis" (GALUPPO, 2002, p. 95).

[7] Na avaliação de Luc Ferry, esse novo "cosmos" proposto por Kant tem como princípio supremo "o respeito pelo outro, que é a coisa menos natural do mundo e que supõe um esforço sobre si mesmo, uma vontade que se desvencilha das inclinações egoístas. Eis a razão para o fato de a lei moral impor-se a nós sob a forma de um

exigida uma ponderação por razões sérias a toda a restrição que seja efetuada -, em outras palavras, é o que assegura a efetiva possibilidade de exercício de um direito de liberdade, potencializando a autonomia do indivíduo[8]. Num espectro mais amplo, é o que garante a não violação de direitos humanos, na medida em que permite, a todo o momento, o exame de uma gênese crítica pela reserva do espaço próprio ao pensar.

Como a concepção de uma autodeterminação informativa reforça a estrutura das esferas para o exame do que é privado também em relação às informações referentes à personalidade, o destaque conferido à situação de um direito mais concreto - acesso, armazenamento e transmissão de dados informativos - dentre os demais direitos de personalidade, contribui para a precisão de conceitos indeterminados e cláusulas gerais hoje presentes nas codificações civis (Consumidor e Civil) e permite analisar, de forma específica, a situação empírica que corriqueiramente se dispõe, cada vez mais, à análise dos tribunais.

Não muito diferente da argumentação apresentada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., há quase vinte anos, e desde a edição da Lei nº 12.414/11, após período de vigência da Medida Provisória nº 518, muito se tem discutido juridicamente sobre a configuração de bancos de cadastros de consumidores, especialmente no que diz respeito à abrangência cadastral das informações por gestores de bancos de dados, inclusive para a formação de bancos positivos de informações. O fato é que o ordenamento jurídico, mais recentemente, inclusive ao regrar a constituição dos cadastros positivos – no caso, por meio da Lei nº 12.414/11 -, estabeleceu restrições à liberdade de configuração de tais bancos gestores de informações, descrevendo, normativamente, a forma como deve restar estabelecido o armazenamento de dados sobre o adimplemento do cadastrado, de forma a permitir a visualização do histórico de crédito do consumidor. Para tanto, reconheceu a Lei a possibilidade de que haja o agrupamento de informações relativas a adimplemento de crédito, seja para a realização de análise de risco de crédito do cadastrado, seja para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente (art. 7º) – em regra,

---

imperativo, de um dever: justamente porque ela não é natural, porque não é evidente, mas supõe esforços ou, como diz Kant, a "boa vontade" e até mesmo uma "vontade boa" (FERRY, 2012, p. 14).

[8] É o que acentua Gadamer, referindo-se à tarefa assumida pelo Direito na realização de uma idéia de justiça: "El 'derecho' es, en el fondo, el gran ordenamiento creado por los hombres que nos pone limites, pero también nos permite superar la discórdia y, cuando no nos entendemos, nos malinterpretamos o incluso maltratamos, nos permite reordenar todo de nuevo e insertalo numa realidad común. Nosotros no 'hacemos' todo esto, sino que todo esto nos sucede" (GADAMER, 1997, p. 102).

comerciante. No entanto, estabeleceu, concomitantemente, o resguardo a princípios pertinentes à autodeterminação informativa[9], justamente para oferecer a proteção ao titular dos dados relativamente ao acesso, à correção e à veracidade da informação armazenada.

A controvérsia mais recente – e que ora se fará objeto de investigação científica - que tem sido encaminhada aos tribunais, de forma específica, corresponde à suposta ilicitude da abertura e manutenção de registro de dados cadastrais positivos por gestores privados, na medida em que desconhecidos, por parte dos titulares dos dados, elementos e critérios considerados para a análise de risco de crédito – situação que desafia, de forma direta, disposições civil e constitucionais. Mais ainda, na maior parte dos casos encaminhados ao debate judicial – principalmente por meio de ações cautelares exibitórias -, a discussão judicial tem sido estabelecida em torno da negativa de conhecimento e acesso às informações armazenadas e disponibilizadas a comerciantes. Sustentam os cadastrados que os registros constantes nesses bancos de informações são de cunho confidencial, não lhe sendo oportunizado o conhecimento e discussão do conteúdo, não obstante a alegação de inexistência de pendências financeiras em seu nome.

Necessário, portanto, que inicialmente sejam destacadas algumas noções prévias sobre a questão do armazenamento de informações nominativas em bancos cadastrais, para que se possa, em seguida, avaliar a situação de ilicitude discutida nos tribunais, com eventuais reflexos no âmbito da responsabilização civil em face do ilícito alegado como existente.

1. O tratamento dispensado à proteção de dados e os bancos cadastrais positivos

Em relação ao tratamento dispensado à proteção de dados nominativos[10],

[9] Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Wolfgang Hoffmann-Riem, esclarece que o que denomina como "autodeterminação informacional" não é um "direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicações. Os outros (seres humanos) constituem o âmbito social, em cujas lindes a personalidade de cada um se expande: a autonomia, e não a anomia, do indivíduo é a imagem diretora da Constituição. A autonomia deve ser possível em espaços vitais socialmente conectados, nos quais a liberdade de comunicação – ou melhor: liberdade em comum – não pode ser orientada para um conceito limitador da proteção à expansão egocêntrica, mas deve ser entendida como exercício da liberdade em reciprocidade" (FERRAZ JR., 2001, p. 242).

[10] Consideram-se dados nominativos aquelas informações relativas às pessoas físicas identificadas ou identificáveis (no caso, uma identificação direta ou indireta, que possa ser promovida a partir dos dados que se apresentam processados separadamente ou conjuntamente). Os dados nominativos devem corresponder a

matéria que desafia a comunidade jurídica contemporânea relativamente à questão da privacidade, o conceito de autodeterminação informativa tem igualmente contribuído para orientar a atividade do intérprete, ao reconhecer a autonomia do indivíduo tanto dirigida ao controle e à transmissão de informações personalíssimas, como encaminhada à possibilidade de acesso a qualquer informação. Dessa forma, fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos numa sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possa ser realizado pelo titular da informação de modo amplo, permitindo ao cadastrado uma supervisão tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados, como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros. Reconhece-se, como de regra, a possibilidade de interferência do indivíduo no processo de acesso e de correção de dados.

Isto se vê reconhecido, num primeiro momento, a partir do estabelecimento – inclusive legislativo – de um amplo direito de acesso dos indivíduos às suas informações nominativas. O próprio armazenamento de dados pessoais está informado por um princípio de acesso amplo aos titulares das informações, seja para o reconhecimento de existência do próprio registro, seja para a verificação da extensão, veracidade e correção das informações armazenadas.

Novamente, aqui, a autorização e o interesse público na criação de um banco cadastral interferem na própria extensão a ser considerada para um direito de acesso. Há bancos cadastrais que dispensam a comunicação ao titular da informação, pelo simples fato de que o armazenamento é pressuposto pelo tipo de atividade que desenvolvem num setor público ou privado. Isto ocorre, por exemplo, em relação a bancos cadastrais de organismos associativos (seguridade social, clubes privados), aos quais o indivíduo, de forma deliberada, forneceu informações pessoais bastante precisas tendo em vista uma finalidade associativa determinada. Neste caso, a relevância do acesso não se fará tão evidente quanto à existência do registro propriamente, mas sim quanto à veracidade, correção e manutenção

---

informações capazes de permitir uma identificação de seus titulares. Ou seja, capazes de criar uma relação de associação a uma pessoa determinada ou determinável em concreto, autorizando, em contrapartida, uma garantia protetiva à sua intimidade e vida privada. Mais recentemente, a doutrina espanhola tem reforçado uma categoria especial de tratamento aos dados denominados como "sensíveis" em face das motivações apresentadas na Diretiva 95/46/EC, especialmente em seu item 33. Conferir a discussão específica da matéria em doutrina atualizada de ORTIZ, 2002, p. 139.

Especificamente para os fins da Lei nº 12.414/11, são considerados dados armazenáveis as "informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado" (art. 3º, § 1º). Não são passíveis de armazenamento, para o intuito da Lei, as informações consideradas "sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas" (art. 3º, § 3º, inc. II).

das informações armazenadas. Diferente, contudo, é a situação de configuração de bancos de cadastro positivo de crédito, gerados a partir de interesses não diretamente estabelecidos pelo cadastrado.

Por isso, ressalta-se a relevância de uma previsão normativa específica, como a existente nas Leis nº 8.078/90 (art. 43, parágrafo 2º) e 12.414/11 (art. 4º), impondo a comunicação de registro de dados pessoais do consumidor em cadastro de consumo e crédito. No caso de formação de banco cadastral para o qual não fornece o indivíduo pessoalmente o conteúdo informativo – quanto mais, referindo-se, em regra, ao armazenamento de dados desfavoráveis a seus integrantes pela constatação de uma situação de inadimplência no mercado de consumo (art. 43, parágrafos 4º e 5º, da Lei 8.078/90) -, fundamental é o titular da informação ter, desde logo – e, portanto, desde o momento do armazenamento de uma informação -, ciência de que integra uma listagem informativa. Nesse sentido, inclusive, observa-se o conteúdo da normatização mais recente referente à formação de bancos de cadastro positivo de crédito – referentes a adimplemento e risco de crédito -, esclarecendo que toda a abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula própria (art. 4º da lei 12.414/11).

Se o direito de acesso é marcado, inicialmente, por um princípio de conhecimento acerca do armazenamento de dados, é pelo princípio da transparência ou da publicidade que atinge a realização plena de um conceito de autodeterminação informativa. Agostinho Eiras chega a afirmar que um direito mais concreto à autodeterminação informativa se desdobra em outros tantos direitos que visam assegurar a atuação do indivíduo frente a seu patrimônio informativo:

> O direito à autodeterminação informacional é um superconceito que se desdobra em vários outros, a saber: a) o direito de acesso aos ficheiros, que confere ao cidadão o direito a tomar conhecimento de quaisquer registros por forma compreensível, em linguagem clara, isenta de codificação e em prazo razoável; b) o direito de, em certos casos, se opor ao registro de dados e a que essa oposição fique registrada; c) o direito a ser informado acerca do motivo por que lhe é recusado o direito de acesso; d) o direito de ser esclarecido acerca do objectivo que determinou a inserção dos dados no ficheiro; e) o direito de contestação, que engloba [...] a faculdade de exigir a rectificação dos dados armazenados inexactos, a faculdade de exigir a correção dos dados que estejam desactualizados, a faculdade de exigir a eliminação de dados constantes dos registros contra regras ou princípios constitucionais, a faculdade de exigir o cancelamento de dados decorrido determinado período (direito ao esquecimento) (EIRAS, 1992, p. 78).

É que não basta saber sobre a existência de um registro de informações pessoais, se, em concreto, não é fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente em registro. De fato, ainda que tolerável a formação de bancos de dados com informações negativas em relação ao seu titular – porque considerada relevante a proteção das relações de crédito sob um princípio de lealdade contratual entre os integrantes de um mercado de negócios e de consumo -, não se concebe que essas informações ignorem a realidade factual mais verídica possível, guardada a mesma tônica de confiança – abstratamente considerada – exigida aos relacionamentos privados. Por isso a necessidade para o indivíduo, como garantia de um amplo direito de acesso às informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, de que não só ele tenha conhecimento quanto à existência de inscrição em banco de dados – conhecendo os elementos e critérios de análise disponíveis para o cruzamento de informações -, como tenha ainda a possibilidade de alterar o conteúdo de um registro não condizente à realidade descrita, independentemente da sua natureza – se de crédito, de consumo, de associação (ideológica, política, religiosa, cultural).

Assim, é também resultante de um amplo direito de acesso o exame da medida de extensão do registro de informações pessoais efetuado. Mais precisamente, aborda-se aqui não apenas a possibilidade de uma restrição sobre o conteúdo informativo, como também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público, pela qualidade da informação. A ideia de qualidade da informação aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e proteção de uma esfera de privacidade, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais.

A qualidade da informação importa ainda no reconhecimento de um princípio com atuação simultânea, e não menos relevante, relacionado ao tempo de registro das informações pessoais. Fala-se, por isso, no princípio do esquecimento[11], orientado pela ideia

[11] Como antes já havia anotado, "a disciplina decorre da compreensão de que informações desfavoráveis sobre determinada pessoa não podem permanecer armazenadas em caráter perpétuo, a ponto de prejudicarem outras relações de convívio da pessoa atingida – principalmente relações de consumo -, tendo em vista dados antigos, até mesmo coletados de forma equivocada e sobre os quais não foi exercitado o direito de retificação. A Lei brasileira de Defesa do Consumidor, neste ponto, é específica, prevendo duração máxima de cinco anos para as informações negativas cadastradas em bancos de dados sobre consumo" (CACHAPUZ, 1997, p. 389). Assim, também, de forma embrionária, em ordenamentos jurídicos de outros países – sendo, na oportunidade, analisada a Lei francesa de 06.08.1978, relativa à Informática, Fichários e Liberdades, bem como o Decreto francês de 17.07.1978, antes mesmo do estabelecimento de uma diretiva comunitária específica à matéria -, verifica-se uma certa tendência a privilegiar-se um princípio de esquecimento como forma de exigir um controle sempre atual sobre os registros de dados nominativos, principalmente quando existe a possibilidade de identificar-se um tempo certo de durabilidade à hipótese de formação de um banco de dados para a finalidade inicialmente proposta: "Em homenagem ao direito ao esquecimento, prevê a Lei de 1978 a possibilidade de que a manutenção de dados nominativos seja restrita ao período previsto na autorização ou declaração (conforme seja tratamento automatizado requerido por serviço particular ou público) conferidas para a criação dos bancos

de que o próprio gestor do banco cadastral se compromete a manter atualizados os registros, fiscalizando o tempo de sua permanência. Não por outra razão, disciplina a Diretiva 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, destinada aos países membros da Comunidade Europeia, em seu artigo 6º, alínea 'e', que o registro de um dado pessoal deve ser armazenado de tal forma que possibilite a identificação da própria relevância de sua manutenção. Vê-se a obrigação, inclusive, de que sejam promovidas formas de resguardo das informações que tenham de ser registradas por um longo período, em razão de sua importância histórica, estatística ou científica.

No caso dos bancos de registro cadastral de dados positivos de crédito – ainda que utilizados para efeito de análise de risco econômico -, a questão é predisposta, especificamente, no art. 14 da Lei 12.414/11, que prevê um tempo de quinze anos de manutenção das informações. Apesar de longo, não se trata de um tempo que permita restaurar situações pretéritas de inadimplemento já alcançadas pela prescrição. É que, no caso, não se pode, em tal espécie de banco, considerar-se o registro de informações negativas relativamente ao inadimplemento contratual que, pelo mesmo princípio de esquecimento, tenham já sido afastadas de armazenamento em bancos cadastrais de inadimplentes. Uma vez prescrita a dívida – o que poderá ocorrer em tempo inferior -, não poderá tal circunstância do passado permanecer onerando uma análise de crédito do cadastrado. Tal tempo de armazenamento só pode ser contabilizado para as obrigações ainda em curso, dependentes de um adimplemento futuro pela própria característica da forma de execução, diferida no tempo.

Também se encontra relacionada a um direito mais amplo de acesso as informações nominativas do indivíduo - que se vejam registradas em banco cadastral - a característica essencial da veracidade do conteúdo informativo armazenado. Isto corresponde, em resumo, à ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade em relação ao seu conteúdo. Ou seja, as informações armazenadas devem ser não apenas precisas como completas.

Nesse sentido, a preocupação da Lei 12.414/11 dirige-se tanto ao conteúdo do que existe informado (os elementos de análise), como em relação aos critérios utilizados para a análise de risco que venha a ser efetuada (as variáveis utilizadas para o cruzamento de informações). Isto é fundamental para que o cadastrado possa compreender eventual situação de restrição à sua liberdade de comércio por terceiros (consulentes), mesmo quando inexistente registro de inadimplemento.

---

de dados. Procura a Lei, com isso, atender à própria finalidade para a qual foram criados os tratamentos automatizados" (CACHAPUZ, 1997, p. 389).

Por fim, é também relacionada à ideia de um direito amplo de acesso a informações nominativas registradas em bancos cadastrais a própria concepção de correção dos dados. Ou seja, não basta que o registro corresponda a uma situação factual, e, sim, que a informação esteja de acordo com o momento atual de registro, em especial, sobretudo, na hipótese de um parcial pagamento de dívida pelo consumidor, que imponha a atualização dos valores informados ao banco cadastral de relação de consumidores inadimplentes. A correção dos dados informativos é característica complementar à de veracidade das informações, remetendo também a uma possibilidade de retificação de conteúdo informativo quando evidenciado qualquer equívoco em concreto[12].

Como a concepção de autodeterminação informativa apropria-se de conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade (esfera privada) como de interferência mais acentuada do direito de igualdade (esfera pública), identifica-se também num direito de acesso a dados informativos a possibilidade de o indivíduo ter acesso a informações que lhe sejam justificadamente importantes ou de revelação essencial. Abstratamente, a hipótese responde ao conceito de autodeterminação informativa como trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pois exige a reciprocidade de conduta a quem se dispõe à liberação dos dados e a quem pretende obter determinado acesso. Ou seja, permite-se, pelo exercício da ponderação, a partir da análise de situações concretas envolvendo direitos fundamentais, que dados nominativos sejam tornados públicos quando suficientemente evidenciada a sua relevância ao interessado. Isto ocorre porque mesmo interesse ideal de acesso atinge toda a coletividade. O exemplo trazido pela Diretiva Europeia de outubro de 1995 é o registro de dados históricos, estatísticos ou científicos que, por suas características peculiares, devam ter adequado acesso, útil e rápido, a qualquer indivíduo[13].

---

[12] Em relação à correção de dados nas transmissões de informações realizadas nas relações internas dos países, tratamento mais correto tem sido encontrado dentro do sistema alemão de proteção de informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, ao propor a visualização de três efeitos distintos a partir da interferência do indivíduo no controle positivo das informações de que é titular – ou seja, a sua atuação através da retificação propriamente dita, do bloqueio e da supressão ou cancelamento das informações que contenham equívocos. A inovação reside na possibilidade de bloqueio de dados, sempre em caráter temporário, quando duvidosa a correção de determinadas informações ou a permanência de uma finalidade específica para a manutenção dos registros. Enquanto a retificação visa a uma correção e a supressão, o cancelamento efetivo das informações registradas de forma equivocada ou sem atender a uma finalidade específica – e aqui se ressalva novamente a aproximação à característica da "extensão" da informação registrada – o bloqueio não possibilita mais o aproveitamento das informações para qualquer fim, ainda que haja discussão sobre a correção dos dados registrados. Excepciona-se apenas a possibilidade de uma utilização da informação que se traduza absolutamente necessária, quando para fins pacíficos, para a superação de uma falha de prova ou com autorização específica da pessoa atingida, por exemplo. A hipótese legislativa restou evidenciada ainda na Lei Federal sobre Proteção de Dados ou *Bundesdatenschutzgesets (BDSG)* de 1º.01.1978.

[13] Conforme o texto do parágrafo 34 do preâmbulo da Diretiva 95/46/EC, os Estados membros se encontram

Em decisão proferida na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relativamente à medida de "auto-exposição" (ARENDT, 1993, p. 28) pretendida pelo indivíduo, entendeu-se que descabe a empresas de telefonia divulgar dados pessoais de seus assinantes quando não consentida tal ação, pela relação estritamente contratual estabelecida entre as partes. A divulgação é injustificável sob a alegação de prestação de um serviço de atendimento à comunidade. Lê-se em trecho do acórdão:

> Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, o endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido ou é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal, pode ter conseqüências seríssimas. Digamos, uma pessoa, um homem, resolve presentear uma moça com linha telefônica que esteja em seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, que estabelece, como regra, que seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados[14].

Espera-se, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade, como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

> A pessoa só consegue constituir um centro de vida interior e só percebe a sua identidade, na medida em que se expõe simultaneamente a relações interpessoais construídas pela comunicação e em que se deixa envolver numa rede cada vez mais densa e subtil de vulnerabilidades recíprocas e de

---

autorizados a promoverem o armazenamento de dados sensíveis, cujo registro se encontre justificado pelo interesse público relevante em áreas como a de saúde pública e promoção social, especialmente quando necessários para o aprimoramento de serviços públicos de assistência.

[14] BRASIL. STJ, RHC 8493/ SP. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DJ de 02.08.1999, p. 224.

> necessidades explícitas de protecção. Sob este ponto de vista antropológico, podemos conceber a moral como um dispositivo de protecção que compensa uma ameaça constitucional inerente à própria forma de vida sociocultural. [...] A integridade da pessoa individual reclama a estabilização de um tecido de relações simétricas de reconhecimento, no qual os indivíduos inalienáveis só reciprocamente e enquanto membros de uma comunidade poderão assegurar a sua precária identidade (HABERMAS, 1991, p. 215).

Desta realidade decorre a compreensão de que todo o armazenamento de dados pressupõe transparência dos dados existentes e franca possibilidade de acesso ao cadastrado. Tal conduta por parte de gestores de bancos de dados – principalmente quando privados e com nítido intuito econômico - é o que autoriza o reconhecimento pelo Estado de que terceiros detenham e trabalhem com a informação de dados nominativos alheios, de forma a interferir na liberdade de comércio ou de negócios em sociedade. A ausência de transparência, como verificado na própria fundamentação por vetos parciais à redação originária da Lei nº 12.414/11, é motivo suficiente a afastar a pretensão de interferência do gestor sobre dados alheios, responsabilizando-o, na medida da necessidade, pelo exercício arbitrário de posição jurídica desempenhada.

2. As liberdades colidentes contemporâneas e a solução jurídica ao ilícito

No caso, muito embora se conheça o âmbito de discussão existente acerca desta matéria mais recentemente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – especialmente, em face das divergências de compreensão sobre a questão, como expostas, exemplificativamente, na Apelação Cível nº 70038911400 -, não há como se afastar, quando ausente a observância em concreto de um direito de acesso às informações (elementos e critérios de análise de risco de crédito por inscrição em banco cadastral positivo de adimplemento, do reconhecimento claro de situação de ilicitude civil, suficientemente caracterizada pela aplicação específica do disposto no art. 187 do Código Civil brasileiro. Trata-se de ilicitude não decorrente da verificação de uma antijuridicidade por força de observação de conduta culposa por parte do gestor de banco cadastral (art. 186 do CC) – aparentemente no exercício de uma liberdade de armazenamento, tratamento e divulgação de informação -, mas justamente de uma ilicitude decorrente do excesso cometido no exercício de uma determinada posição jurídica. Explica-se.

O art. 187 - ao contrário do que se vê exigido pelo art. 186 do CC -, como hipótese de fonte de obrigação civil, preocupa-se em disciplinar caso de conduta ilícita gerada a partir de uma restrição de liberdade imposta pelo caso concreto e só aferível após a solução resultante da análise de um conflito de liberdades. Pelo art. 187 do Código Civil, não se trata, portanto, de caracterizar circunstância abrangida pelo conceito de abuso de direito[15] - construído, na doutrina, como conceito dogmático residual, para abranger situações de fato não enquadráveis no ordenamento jurídico -, mas de definir causa de ilicitude capaz de servir como fonte de obrigações civis.

Dispensa-se, portanto, a ideia do abuso de direito - com natureza jurídica, progressivamente, construída sobre a ideia de limitação do exercício de direitos -, na medida em que o art. 187 do novo Código Civil passa a disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas pela caracterização da conduta ilícita em si mesma. Confere-se, assim, força à construção da hipótese de ilicitude como causa originária de obrigação civil. Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente - a culpa -, mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem.

Prefere-se entender, portanto, que, enquanto o art. 186 descreve a situação tradicional de configuração de ilicitude civil, o art. 187 inova sobremaneira no CC, tratando de acolher caso de restrição a uma liberdade subjetiva, com força a caracterizar uma hipótese de ilicitude civil e gerar obrigação civil em concreto - mesmo que não necessariamente se trate esta de uma obrigação de indenizar (art. 927, CC).

Uma vez que se reconhece, para o enunciado normativo do art. 187 do CC, hipótese de ilicitude em que se vislumbra a ocorrência de uma restrição a determinada liberdade jurídica com capacidade de gerar obrigações civis, passa-se a questionar se é possível definir os elementos que condicionam, de forma ideal, a análise da conduta avaliada

---

[15] Num estudo comparado ao art. 334 do Código Civil português, vê-se que neste, ao contrário da interpretação estimulada pela doutrina brasileira, o tratamento dispensado para o abuso de direito é reservado ao campo das invalidades dos atos jurídicos, não servindo, especificamente, à caracterização do ato ilícito. Tal decorre do fato de que, historicamente, procurou a doutrina portuguesa - seguindo uma tradição francesa -, por meio do conceito de abuso de direito, abarcar-se uma série de situações que não encontravam resposta na sistemática clássica do Direito Civil. Assim se observa na construção de uma tipologia de atos abusivos para situações, inicialmente, não acolhidas normativamente no ordenamento jurídico, como nos casos de *exceptio doli*, posteriormente abrangida pela aplicação do princípio da boa-fé; *venire contra factum proprium*, hoje traduzido pela impossibilidade de contradição no discurso jurídico; abusividades negociais propriamente ditas, referentes a "inalegabilidades formais" (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 255); *supressio* e *surrectio* e desequilíbrio do exercício de posições jurídicas, atualmente atendido, de forma suficiente, no caso brasileiro, pelo art. 187.

em concreto no enunciado normativo. Ou seja, indaga-se se há como descrever, antecipadamente, o que se torna esperado da conduta humana em determinada situação de conflito de liberdades, no sentido de que venha ela (a conduta), concretamente, a atender o que seja definido por fim econômico ou social, por boa-fé ou por bons costumes. Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, pela análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão do seu *querer aparecer* (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social).

Se há a pretensão doutrinária de potencializar um direito geral de liberdade e de compreender que os conceitos jurídicos devem estar abertos à experiência jurídica[16], cumpre que se confira força ao conceito de ilicitude como proposto de forma ampla no art. 187 do CC, identificando nele fonte de obrigações civis. No caso, não exclusivamente fonte de uma obrigação indenizatória, para a qual se exige, além do ilícito, a ocorrência do dano (art. 927 do CC). Mas, inclusive, fonte de obrigação civil que resulte em tutela diversa, seja de caráter inibitório, seja de caráter mandamental.

Assim, na espécie, entende-se que a conduta dos gestores de bancos de dados de cadastros positivos, ao realizarem o cadastro, sem autorização e conhecimento do cadastrados – titulares dos dados inscritos -, por meio de informações não divulgadas e baseada em elementos e critérios não especificados, e, principalmente, ao disponibilizá-lo a seus associados (consulentes), como instrumento na avaliação para concessão do crédito, configura-se num exercício arbitrário e excessivo de uma determinada posição jurídica, permitindo a caracterização de uma conduta ilícita para os fins do que dispõe o artigo 187 do CC. Reconhece-se, na hipótese, que a ausência de transparência e publicidade ao banco de

[16] Não se pode exigir do ordenamento jurídico - sob pena de fechar-se a estrutura normativa à própria ideia de diversidade cultural - que deduza de casos hipotéticos uma premissa jurídica universal. A ideia deve ser, ao contrário, permitir que o conhecimento empírico contribua, pela experiência jurídica trazida em concreto, à universalidade, mas não que a determine.

dados – ausente livre acesso inclusive para a correção de informações cadastrais de caráter nominativo do indivíduo -, aliada a inexistência de qualquer controle ao armazenamento da informação – inclusive para efeito de aplicação de um princípio de esquecimento -, permite a distorção da informação de forma indevida, possibilitando ao juiz, independentemente de exame do conteúdo da informação cadastrada, o pronto reconhecimento quanto à necessidade de exclusão do nome do cadastrado de qualquer banco cadastral de crédito.

Ademais, não se trata de sistematização de dados em banco cadastral que tenha sido elaborada em caráter reservado para consumo final pelo próprio detentor da informação – o que ingressaria em sua esfera única de liberdade contratual. Aqui se está a tratar de comércio e troca de informações nominativas potencialmente desabonadoras ao consumidor – estabelecendo pontuação ao consumidor conforme a regularidade de seu crédito -, para as quais se desconhece a plena publicidade por parte do órgão gestor, nessa medida responsável pelo controle e organização das informações de forma ampla. Daí a sua responsabilidade pelo ilícito cometido, nos termos da Lei 12.14/11, sem prejuízo do que igualmente dispõe o art. 43 da Lei nº 8.078/90 e independentemente do próprio alcance atingido pela informação no âmbito externo.

Não há, contudo, pelo simples reconhecimento de um ilícito, que se compreenda a existência de um dano indenizável para as hipóteses de reconhecimento de violação ás disposições normativas da Lei nº 12.414/11. Tratando-se de hipótese de ilícito fundado no art. 187 do CC, em que dispensada é a caracterização do elemento da culpa – circunstância jurídica própria à caracterização da ilicitude prevista no art. 186 do CC -, vê-se que, para fins indenizatórios, imprescindível é que seja identificado, em face do caso concreto, um dano inequívoco a ensejar a pretensão indenizatória para os fins do art. 927 do CC.

O que se torna essencial ao cadastrado prejudicado com a ausência de conhecimento do registro de seus dados, é que demonstre, pelo fato de ter ocorrido a publicização do tratamento da informação, uma perda significativa e efetiva no mercado financeiro ou de trabalho em face da manutenção de seus dados em cadastro positivo de análise de crédito. O simples armazenamento, sem publicização ampla e sem demonstração de geração de um dano específico, é incapaz de autorizar o reconhecimento de uma violação a direito de personalidade próprio, afastando, por consequência, a pretensão indenizatória exposta na inicial. Ademais, se basta o ilícito do art. 187 do CC para possibilitar a exclusão do nome do demandante de banco cadastral como o referido, é pressuposto ao dever de indenizar,

nos termos do art. 927 do CC, a ocorrência do dano. Não demonstrada a publicização ampla e aberta dos registros ou mesmo a comprovação de uma perda de chance em caráter específico, não há como se acolher qualquer pretensão indenizatória específica.

Considerações Finais

Analisada a realidade normativa nova que se impôs com o texto da Lei nº 12.414/11, espera-se, em verdade, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações. E principalmente quando se configura hipótese de armazenamento de dados em bancos cadastrais que visam estabelecer um tratamento especial à informação, observada a autorização legal para o cruzamento de dados e a avaliação de crédito com base em elementos e critérios eleitos pelo próprio gestor do banco cadastral.

Tal realidade impõe a necessidade de transparência ao processo de armazenamento, tratamento e divulgação dos dados. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade, como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales,* 2ª edição. Madrid, CEPC, 2001.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar,* 2ª edição. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação*. Ajuris, ano XXIV, vol. 70, julho 1997.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil português*, tomo I, Parte Geral, 2ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A liberdade como autonomia de acesso à informação*. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

FERRY, Luc. *Kant. Uma leitura das três "críticas"*, 3ª edição. Rio de Janeiro, DIFEL, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. Histórica y linguaje: Uma respuesta. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Geor. *Historia y hemenêutica.* Barcelona. Ediciones Piados, 1997.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença. Estado democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.* Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa, Instituto Piaget, 1991.

ORTIZ, Ana Isabel Herrán. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Madrid, Dykinson, 2002.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática.* São Paulo. Estação Liberdade, 1999.