

Ilegalidade ao acesso à informação nos bancos de dados dos consumidores permitido pelo Código de Defesa do Consumidor e o direito à privacidade garantida pela Constituição Federal.

Joubran Kalil Najjar¹

RESUMO

A escolha deste trabalho tem como principal fator, a verificação dos ilícitos praticados por empresas de cobrança em face dos consumidores inadimplentes, configurando-se em verdadeiros constrangimentos, através de coações, resultando em prejuízos para as práticas da vida civil, principalmente nos negócios jurídicos.

Como forma de praticar estes atos, os credores se aproveitam da não positivação de normas específicas de proteção aos consumidores, perante aos serviços de proteção ao crédito, atitudes estas contrárias as garantias asseguradas na Carta Magna, uma vez que estes institutos não possuem normas regulamentadoras para as suas atividades.

O objeto de estudo, através de algumas reflexões, vai tentar esclarecer os abusos de direito, onde o consumidor se torna cada vez mais vulnerável numa sociedade de consumo como a nossa e “bombardeado” por informações surgidas através da utilização de tecnologias, no campo das comunicações.

Palavras-chaves: consumidor, crédito e banco de dados.

¹ Advogado, mestrando pela Faculdades Metropolitanas Unidas- F.M.U. do Estado de São Paulo.

Acceso ilegal a la información en las bases de datos de consumidores permitido por el código de protección al consumidor y el derecho a la intimidad, garantizado por la Constitución Federal.

Joubran Kalil Najjar²

RESUMEN

La elección de esta obra tiene como elemento principal, la verificación de los delitos practicados por las empresas de recogida de cara a los consumidores morosos, configuración de limitaciones reales, a través de la coerción, lo que resulta en pérdidas para las prácticas de la vida civil, especialmente en el negocio legal.

Como una manera de hacer estas cosas, los prestamistas tomar ventaja de positivización no existen normas específicas para la protección de los consumidores ante los servicios de protección al crédito, estas actitudes se oponen a las garantías previstas en la Constitución, cada vez que estos institutos no tienen normas reglamentarias para sus actividades.

El objeto de estudio, a través de algunas reflexiones, tratará de esclarecer los abusos de la ley, donde el consumidor es cada vez más vulnerable en una sociedad consumista como la nuestra y "bombardeados" por la información obtenida mediante el uso de tecnologías en el campo de la comunicaciones.

Palabras clave: consumidor; crédito y base de datos.

² Abogado, egresado de facultades Metropolitanas Unidas-F.M.U. del Estado de São Paulo en Brasil.

SUMÁRIO

	Introdução
1	Os bancos de dados e cadastros de consumidores
1.1	Diferenças entre Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores
2	Das práticas abusivas
3	A Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor
4	Inexistência de critério para o fornecimento e abertura para o crédito
5	Amplitudes da norma
5.1	Os serviços de proteção ao crédito
6	Consumidores inadimplentes
7	O prazo do artigo 43, dos parágrafos 1º e 5º é prescricional ou decadencial?
8	Da reparação do dano causado por informações nos bancos de dados
9	Lei 4.595 de 1964 que trata sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criando o conselho monetário nacional
10	Lei 9.507 de 1997 que regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do “habeas data”
	CONCLUSÃO
	BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O nosso CDC é funcionalista quando conceitua consumidor e ontológico quando trata de produto, porém, a vulnerabilidade é um princípio absoluto dado pela lei, conforme reza o artigo 4º, enquanto que a hipossuficiência é um princípio relativo, de acordo com o artigo 6º, VIII do mesmo CDC, podendo ou não ser reconhecido pelo magistrado.

No que tange a pessoa jurídica, conforme preceitua o artigo 51, I do CDC, somente poderá haver a indenização, quando existir uma justificativa plausível, do contrário aplica-se o Diploma Civil, e não o CDC, apesar de uma contrariedade que também a conceitua como consumidora.

Podemos verificar hoje, que os bancos de dados e cadastros - Serasa e SPC interferem de forma direta nos negócios jurídicos realizados entre as pessoas, principalmente no comércio, uma vez que cuidam de informações totalmente voltadas ao crédito, sendo que a partir delas, os fornecimentos, compras ou prestação de serviços, serão realizados ou não, dependendo exclusivamente da transmissão da informação passada ao interessado, principalmente nas questões relacionadas com o consumo.

Todavia, muitas empresas de cobrança, se utilizam de métodos nada convencionais e sem critérios de justificação, no que tange as informações, e acabam constringendo os consumidores inadimplentes através de atitudes que resultam em constrangimento ilegal, como a própria coação exercida pelo credor, para que a dívida seja adimplida.

Apesar da existência na forma de atuação do SPC e Serasa previstos no Código de Defesa do Consumidor e também na Constituição Federal de 88, o ordenamento jurídico deixa a desejar no que diz respeito a falta de uma positivação de norma específica com objetivo de proteger verdadeiramente o consumidor, quando o assunto trata de proteção ao crédito, devendo estes institutos serem regulamentados e fiscalizados de forma correta, afim de evitar danos, abusos e distorções nas informações, muitas vezes irreparáveis.

Contudo temos o prazo de cinco anos, como regra restrita imposta pelo CDC, como permanência máxima do nome do consumidor no Serviço de Prestação ao Crédito, sendo que o próprio Código estabelece que prescrita a Ação de Cobrança referente a títulos que possuem regra em lei especial, o Banco de Dados não podem transferir a terceiros

quaisquer informação a respeito, logo decorrido o tempo mencionado, a respectiva informação deverá ser totalmente excluída dos bancos de dados. Normalmente a prescrição de cobrança se dá em três anos, salvo exceções.

A responsabilidade que existe no nosso CDC é igual ao europeu, onde as proteções são de direitos não patrimoniais, mas na prática jurídica, isto não ocorre quando existe a figura do dano punitivo, pois o vício não precisa ser oculto, basta que exista na época da contratação, para isso serve a inversão do ônus da prova.

Há uma explosão da quantidade de processos judiciais ingressados por consumidores contra empresas fornecedoras de bens e serviços, instituições financeiras e de concessão de crédito e, conseqüentemente, contra órgãos de proteção ao crédito, bastando uma simples pesquisa nos tribunais de justiça podemos confirmar o constante aumento na quantidade de processos relacionados à atividade consumerista.

Todavia, a indenização por danos morais é o ponto fundamental das ações e decisões judiciais que tratam de inscrições ilícitas daqueles que são os responsáveis pelo depósito das informações de crédito que devem agir com responsabilidade na veracidade de seus arquivos, respeitando os consumidores na sua honra, imagem e privacidade, evitando qualquer tipo de constrangimento.

1- Os bancos de dados e cadastros de consumidores

Somente por curiosidade, no ano de 1955 em porto Alegre, os bancos de dados surgiram com a criação do SPC (Sistema de Proteção ao Crédito), através de uma Associação Civil, formada por comerciantes, que praticavam venda a crédito, todos com o interesse em comum de cadastrar os maus pagadores, objetivando a evitar futuras inadimplências na realização dos negócios. Pouco tempo depois, em 1968 surge a SERASA – Centralização de Serviços de Bancos S/A, empresa com finalidade de dotar o sistema bancário com informações (negativas) de devedores em geral. É uma das empresas maiores do mundo em informações e análises econômico-financeiras, observando que aquele se preocupa com consumidores, já este com devedores em geral.

No artigo 43 caput, o consumidor “fichado” tem o direito de saber qual a fonte que resultou seu nome no arquivo. Diferente, por exemplo, nos casos fora do contexto do CDC, onde a fonte é protegida por sigilo (materiais jornalísticos), funcionando como uma verdadeira máscara de covardia. Já o § 5º do mesmo artigo, parece não existir, frente a nossa realidade, pois mesmo decorrido o prazo de cinco anos, algumas empresas “favorecidas” conseguem os nomes dos consumidores inadimplentes após o prazo de cinco anos.

Assim posiciona-se o dispositivo:

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.

1.1- Diferenças entre Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores

Para muitos, os dois institutos são sinônimos, e por este motivo, é fundamental estabelecermos que banco de dados é um conjunto de informações de fornecedores sobre um determinado consumidor que auxilia na concessão ou não do crédito. Este visa principalmente proteger o mercado, estando à disposição dos fornecedores que realizam operações de crédito para que corram menos riscos. Com isso, quem nega o crédito é o próprio fornecedor baseado nas informações contidas nos bancos de dados e não o SPC ou SERASA. Já no que tange ao cadastro de consumidores trata-se de dados informativos de um fornecedor ou intermediário, repassado pelo próprio consumidor como renda mensal, estado civil, entre outros, para a obtenção de crédito pessoal.

Banco de Dados realiza coleta aleatória de informações arquivadas sem o consentimento do consumidor e Cadastro de Consumidores faz coleta individualizada, sejam de consumo ou juízos de valor, repassada pelo próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras ³.

Vale salientar que os Bancos de Dados e Cadastros cumprem função essencial nas relações de consumo, na medida em que possibilitam ambas as partes, ou seja, fornecedores e consumidores informações primordiais, pertinentes ao crédito e a qualidade dos produtos e serviços ora fornecidos.

2- Das práticas abusivas

Numa sociedade de consumo em que vivemos a sobrevivência de qualquer cidadão, tem como pré-requisito bom nome na praça entendido como um verdadeiro patrimônio individual, que está a mercê dos abusos cometidos pelas ilegalidades dos arquivos de consumo, o que pode ocasionar circunstâncias desastrosas ao arquivado ⁴.

3 EFING, Antonio Carlos. Bancos de Dados e Cadastro de Consumidores, São Paulo: RT, 2002. p. 36.

4 Ibidem, p. 44.

Sabemos que muitas das empresas, algumas sendo as próprias credoras, outras agindo através dos patrocínios dos credores como intermediários, agem através de coação e constrangimento, para a satisfação do inadimplemento.

Na explicação do Ministro do STJ, Antônio Herman V. Benjamin, às práticas abusivas nada mais seja: “a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor”⁵.

Tais institutos também possuem seu lado negativo, eis que restringem o crédito, prejudicando as pessoas que lá foram cadastradas, as quais, algumas vezes indevidamente, por abuso de direito daqueles que promovem a sua inscrição.

Vale ressaltar que a simples ameaça de ingressar com uma execução, não tipifica o ato de coagir ou constranger, pois o credor estaria num simples exercício regular de direito, apesar de alguns juristas não pactuarem com a ideia, pois, para eles, não precisa falar, basta ingressar com a ação.

Alguns anos atrás, credores contratavam bandas para tocarem e cantarem na porta de devedores, às vezes isso ainda acontece. Toda e qualquer forma de cobrança é vexatória, afinal ninguém gosta de ser cobrado, ainda mais diante de um público desconhecido, agravando ainda mais o constrangimento.

O auxílio pelos institutos de consumo tem sofrido deturpação em virtude das técnicas informatizadas de coleta, armazenamento e divulgação das informações, tornando-se grandes problemas atuais a serem enfrentadas e resolvidas.

Estas características de auxílio pelos Institutos de Consumo têm sofrido deturpação em virtude das técnicas informatizadas de coleta, armazenamento e divulgação das informações, tornando-se um dos grandes problemas atuais a serem enfrentados e solucionados⁶.

5 BENJAMIN, Antonio Herman. Manual de direito do Consumidor, São Paulo: RT, 2009. P. 216

6 EFING, op. cit., p. 37-2

A realidade é que numa sociedade da informação, a mesma é tida como verídica, funcionando como verdadeira sentença transitada em julgada, prevalecendo sobre qualquer outro conceito de crédito no mercado financeiro, sem o devido respeito ao contraditório e a ampla defesa do ofendido.

3- A Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor

Com a criação da Constituição Federal em 1988, deveriam ser extintos tanto o SPC criado em 1955, assim como o SERASA surgido em 1968, muito antes de 1988, porém isto não ocorreu, no entendimento de que o artigo 5º, X da Constituição Federal é tido como norma de eficácia plena e faz parte dos direitos e garantias fundamentais, logo qualquer norma que trate de informações não consentidas, relacionadas a qualquer pessoa não merece eficácia. Todavia, a informação negativa do consumidor desrespeita a sua imagem, enquanto que a informação seja ela positiva ou negativa, conflita com o direito da privacidade.

O inadimplente é apenas aquele que, por motivos pessoais, não pagou uma dívida. Isso não faz dele melhor ou pior do que ninguém. Não o torna menos digno. Contudo, não o faz ser alguém que possa ter sua imagem ou vida privada violada. E é mais uma vez o próprio texto constitucional que impõe dever de respeito ao devedor, consignando que não haverá prisão civil por dívida (Art. 5º, LXVII, da CF), muito ao contrário, o que o sistema jurídico brasileiro estipula é a garantia de que o devedor não pode ser constrangido.

Das várias interdições impostas, a lei proíbe as ações do credor e/ ou se cobrado que exponham o consumidor ao ridículo, submetam-o a constrangimento ou ameaça, tudo isso de maneira injustificada. Constrangimento ilegal é tudo aquilo que é usado pelo credor e/ou seu cobrador e que não tenha como finalidade precípua fazer com que o consumidor pague sua dívida e, portanto resolva seu problema. Se a atitude do credor/cobrador não tiver intenção de não constranger, então entendemos ser ilegal.

Entretanto, o respectivo artigo deveria se encontrar em outro título da CF, prevendo a sua eficácia limitada através de regulamentação quanto à privacidade das pessoas, dando força normativa para o art. 43 do CDC, pois a partir do momento que mesmo permite o

“fichamento” no banco de dados de forma negativa ao consumidor, em nada defende o consumidor, muito pelo contrário.

Sem dúvida houve uma falha de técnica jurídica, quando se deixou que o artigo 43 permanecesse no CDC, pois a sua redação, vai de encontro com o nome: “Código de Defesa do Consumidor”, logo deveria se extirpado deste ou no mínimo ter sido aproveitado no momento oportuno, para colocá-lo no novo Código Civil, uma vez que as informações tratadas pela norma caracteriza uma forma genérica e não específica se referindo apenas ao consumidor.

Não havendo uma possibilidade de extinguir os institutos, responsáveis pelas informações relacionadas ao consumidor, pois causaria uma enorme revolta aos empresários e prestadores de serviços, então que no mínimo exista norma reguladora que proteja o consumidor frente às ações abusivas dos Serviços de Proteção ao Crédito, que fere os princípios de direitos fundamentais e contradizem as garantias individuais asseguradas constitucionalmente, porque inevitavelmente, dessa atividade decorrem a abertura de um procedimento de cobrança no qual condiciona a interdição do acesso ao crédito; a privação da liberdade individual de contratar e de negociar se não satisfeito o procedimento de cobrança, e por último, a inevitável situação de humilhação, a desonra.

No entanto, o § 1º do art. 43 do CDC dispõe os requisitos necessários para a inserção de assentamentos em Cadastros e Bancos de Dados de dados de Consumidores, quais sejam, a necessidade de que estes dados sejam “objetivos, claros verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, pois trata-se de um direito muito subjetivo, que vai depender de cada consumidor, no momento de compreensão destas informações.

4- Inexistência de critério para o fornecimento e abertura para o crédito

A inadimplência tem uma única causa; a falta de critério para conceder o crédito e medidas econômicas sociais não adequadas aplicadas no que tange a cobrança do devedor, com altas taxas abusivas e inconstitucionais, ferindo o direito de propriedade do devedor, pela falta de critério no momento do empréstimo financeiro.

A discussão sobre taxa de juros no Brasil é discussão interminável e causa instabilidade na ordem econômica de qualquer país, pois mesmo com todas as informações expostas sobre todos os indivíduos, sempre haverá risco em todas as operações de crédito, que não leva em consideração a aplicação do princípio da igualdade neste tipo de transação. Portanto os bancos esperam a criação de um fundo garantidor das operações de crédito. A intenção é boa, como todas outras que pretende fazer com que o custo ao cliente seja menor do que o atual.

O custo poderá baixar, se for criado um fundo garantidor, mas o fundo se esgotará rapidamente. Certamente, o dinheiro do fundo, será formado com recursos do BNDES, tesouro Nacional, dos bancos e dos próprios tomadores dos empréstimos bancários, nos quais seria embutida uma taxa com essa finalidade. A falta de critério para uma concessão de crédito pode resultar em taxas de juros abusivas, justamente para compensar a falta de capacidade de analisar o caso concreto. O crédito, sem dúvida, cumpre uma função social, de possibilidades as pessoas e dar acesso ao consumo.

5- Amplitudes da norma

Toda e qualquer informação relacionada nas relações de consumo seja fornecedores ou prestadores de serviços frente aos consumidores, encontram-se no artigo 43 do CDC como única fonte direta e imediata ao acesso nos bancos de dados perante ao negócio jurídico a ser realizado.

Examinaremos detalhadamente o funcionamento dos chamados serviços de proteção ao crédito, que se espalham pelo Brasil nos SPCs, geralmente ligados ao setor do comércio (Associação de lojistas, Clube de lojistas, Federação do Comércio etc.) e na Serasa, empresa privada, originalmente ligada ao setor bancário para entendermos o que a lei permite.

5.1- Os serviços de proteção ao crédito

As questões relevantes no que respeita aos chamados Serviços de Proteção ao Crédito (SPC, SERASA, etc.) e o direito a negativação que tem os credores, sempre foi prática usualmente aceita. Tais serviços se da em virtude do nome de alguém estar

inadimplente em relação ao pagamento de uma obrigação. Logo, estar no cadastro, gera reflexo negativo aos consumidores, valendo salientar que costume não pode revogar norma, ainda mais constitucionais de eficácia plena, como é o caso em tela.

Claro que para a negativação dos devedores, são necessários: a existência da dívida vencida; valor líquido e certo, ou seja, que não exista qualquer dúvida em relação ao valor devido e que não tenha nenhuma discussão entre as partes, como o surgimento de um caso ainda em subjudice. Todos esses fatores, de um conjunto descrito, é o que “permite” que o nome de determinada pessoa seja negativado.

6- Consumidores inadimplentes

A lei 8.078/90 não perpetró nenhuma “proteção exagerada”, como querem alguns. Ela apenas trouxe para o Brasil o que existe de mais moderno nos mercados do primeiro mundo no que respeita à cobrança dos consumidores. Deve estar claro ao fornecedor que o inadimplente é apenas um cliente que pode estar com problemas passageiros, que uma vez solucionados, fará compras novamente.

Na norma positivada, além do fato de que não constituir crime o fato de ser devedor inadimplente, o inverso é que está tipificado quando surge cobrança abusiva, concretizando a existência do delito, porquanto a cobrança abusiva gera o crime. De um lado, o fornecedor e do outro o consumidor que, inadimplente não está amplamente protegido; ou ele paga ou é negativado, e será taxado como “o devedor”, “o inadimplente”, “aquele que não cumpre seus compromissos”, fechando-lhe as portas à aquisição de bens.

Indiscutivelmente, o serviço de proteção ao crédito tem por objetivo proteger o mercado estando à disposição de todos os interessados nas relações de direitos e obrigações ao pretenderem fazer operações de crédito. Essa questão é dirigida aos fornecedores em geral e não ao mercado pertencente a toda uma sociedade, pois o artigo 170 da Carta Maior fornece um entendimento de que as pessoas que se encontram nos ramos das negociações, dentro do mercado financeiro, pressupõe um risco de quem a explora, pois lhe garante direito ao lucro, mas lhe impõe respeito ao consumidor e

obrigação de responder legal e eticamente por seus atos em prol do bem comum pela própria razão da atividade econômica.

7- O prazo do artigo 43, dos parágrafos 1º e 5º é prescricional ou decadencial?

Nenhuma informação negativa pode estar arquivada após 05 (cinco) anos de sua inserção e, consumada a prescrição relativa à cobrança do débito acontece o mesmo, cancela-se o apontamento negativo. O tempo máximo que um consumidor pode ficar "negativado" é de cinco anos. Mas haverá prazos menores em determinados casos, como exceção à regra.

A dúvida do tema em questão é o de que nenhum dado negativo será mantido em arquivos de consumo por prazo superior a 05 anos (art. 43, § 1º) se, em prazo inferior ao quinquênio, verifica-se a prescrição da Ação de Cobrança do débito inadimplido.

(...) é o lapso que o código considera razoável para que uma conduta irregular do consumidor seja esquecida pelo mercado. Se até os crimes mais graves prescrevem, não há razão para que o consumidor fique com sua folha de antecedentes de consumo "maculada ad eternum"⁷.

No direito civil, o objetivo é neutralizar os conflitos de interesses surgidos entre particulares. Nesse contexto, muitas vezes o tempo é considerado como um aliado, no sentido de que seu decurso influencia a aquisição e a extinção de direitos, no sentido de manter situações já consolidadas, muito embora importem no convalidamento de uma violação ao direito subjetivo do particular. Dito de outra forma, o direito tem um prazo a ser exercitável, não podendo ser eterno, sujeitando-se, pois, à prescrição ou à decadência. É no intuito de preservar a paz social, a tranquilidade da ordem jurídica, a estabilidade das relações sociais que devemos buscar o fundamento dos institutos da prescrição e da decadência.

7 BESSA, Leonardo Roscoe. O Consumidor e os Bancos de Dados de Proteção ao Crédito, São Paulo: RT, 2003. p. 209.

A decadência atinge diretamente o direito em razão também da desídia do titular durante certo lapso temporal. Portanto, a decadência é a extinção do direito pela inércia do titular, quando a eficácia desse direito estava originalmente subordinada ao exercício dentro de determinado prazo, que se esgotou, sem o respectivo exercício.

As principais características da prescrição são: a existência de um interesse privado; a renunciabilidade tácita ou expressa; o impedimento da modificação dos prazos pela vontade das partes; a sua alegação se dá em qualquer grau de jurisdição; admissibilidade de suspensão e interrupção, podendo ou não ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

Já no que diz respeito as características da decadência, são de interesse público, inadmissível a sua renúncia, também como na prescrição, podem ser reconhecidas em qualquer grau de jurisdição, porém não se admitem suspensão e interrupção e o magistrado tem o dever de reconhecer de ofício, caso seja verificada a sua aplicação.

O jurista que trabalha de forma por exclusão nas questões de prescrição, se utilizando do Diploma Civil, respectivamente dos seus artigos 205 e 206, acaba demonstrando falta de capacidade técnica para diferenciar um instituto de outro, completamente diferentes entre si, principalmente no que diz respeito aos resultados decididos para a resolução do conflito.

Na questão em tela, o prazo é decadencial, até porque o Código de Defesa do Consumidor é tratado como matéria de ordem pública, logo não se trata de prazo prescricional, como alguns juristas entendem, mas o importante é ter a consciência de que a ficha de negativação do devedor, nos arquivos de bancos de dados, pode ser mantida no prazo máximo por cinco (05) anos, nunca podendo superar este tempo.

A propósito da Súmula 13 do TJRS:

“a inscrição do nome do devedor no Serviço de Proteção ao Crédito – SPC deve ser cancelada após o decurso do prazo de cinco anos, se, antes disso, não ocorreu à prescrição da ação de cobrança”.

Vale salientar a Súmula 323 do STJ:

“A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos Serviços de proteção ao Crédito por, no Maximo, 05 (cinco) anos”.

8- Da reparação do dano causado por informações nos bancos de dados

A responsabilidade civil dos órgãos que depositam nos arquivos, informações dos consumidores inadimplentes, ou até mesmo informações inverídicas, através dos bancos de dados, como o próprio SERASA, SPC, devem responder por suas atitudes que causarem prejuízos, uma vez que prestam serviço público, através da administração pública, aplicando-se a teoria do risco administrativo, bastando provar apenas o nexo de causalidade entre o serviço publico prestado para o consumidor.

O entendimento é fundamentado pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 43, § 4º, quando considera que:

“Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.

Além do mais, a reparação dos danos é matéria de Direito Constitucional, tratada no Capítulo I “Dos direitos e Deveres Individuais e coletivos” do Título II “Dos Direitos e garantias Fundamentais”, o inciso V do art. 5º dispõe que “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

O problema atinge proporções mais preocupantes, a partir do momento em que as ações dos arquivos de consumo afrontam a órbita das garantias fundamentais do cidadão, expressos pelos direitos à personalidade (intimidade, vida privada, honra e imagem). A ocorrência desta situação acarreta consequências negativas que atuam de maneira direta na vida socioeconômica do consumidor. Por sua vez, a inscrição abusiva decorre de dado mantido em arquivo de consumo mediante o lapso temporal de 5 anos, salvo algumas exceções, ou a própria má-fé do arquivista, passível de indenização.

A lei, ao disciplinar os bancos de dados de proteção ao crédito, indica objetivamente as diligências que devem ser observadas... Ora, ao se constatar que

tais cuidados não tenham sido respeitados, há, necessariamente, duas possibilidades: ou o ato foi praticado com vontade dirigida – dolo - ou houve negligência - culpa - da entidade arquivista em seguir as diligências exigidas⁸.

A indenização por danos morais é o enfoque principal das ações e decisões judiciais que tratam de inscrições ilícitas em bancos de dados de proteção ao crédito. Há várias razões para tanto. O registro indevido atinge, inexoravelmente, a honra e privacidade do consumidor; afeta, também, o estado anímico da pessoa física, gerando sentimentos negativos, como constrangimento, vergonha e revolta. Este cabe tanto para os fichamentos inverídicos como para aqueles que são verdadeiros e mantidos no prazo superior a cinco anos.

9- Lei 4.595 de 1964 que trata sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, criando o conselho monetário nacional

A questão, conforme verificamos, o respectivo artigo 38 da lei é claro ao determinar que: “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

§ 1º - as instituições e esclarecimentos ordenados pelo poder judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso às partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

(...)

§ 7º - a quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, aplicando-se, no que couber, o código Penal e o Código de processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Cabe indagarmos se as instituições financeiras podem terceirizar serviços que lhes são autorizados e que estão disciplinados pelo art. 38 da Lei nº. 4.595/64. Mas, só o fato

8 BESSA op. cit., p. 237-1

das instituições financeiras necessitarem dos serviços de proteção ao crédito, não as tornam uma instituição financeira ao ponto de poder manipular informações regidas pela normatização que disciplina o Sistema Financeiro Nacional.

Além do fato de terceirização do serviço prestado pelos órgãos prestadores de informações sobre o crédito, existe também o fator de delegação desses poderes entregues pelas instituições financeiras, valendo lembrar que aqueles são empresas privadas, mas de caráter público, pelo nosso CDC, em razão do serviço prestado.

Não é demais lembrar que as instituições financeiras relutaram em submeterem-se aos ditames do CDC, agindo de maneira ilegal, quando mantém empresa, que não é instituição financeira, mas que acabam processando informações de caráter sigiloso sobre pessoas que se utilizam da prestação dos serviços bancários.

A troca de informações direta entre as instituições financeiras sobre questões creditícias é aceita, pois, quando feitas de banco a banco, é realizada por pessoas tidas como bancárias e obrigadas ao sigilo bancário. Já os funcionários da Serasa não o são e ao receberem tais informações ocorre a quebra de sigilo bancário, posto que são terceiros nesta relação de informações.

Concluimos que tendo em vista o artigo 37 da Constituição Federal, e por motivos que caracterizam os órgãos privados depositários do banco de dados como entidades de caráter público, conforme o § 4º do CDC, logo faz parte da administração pública, deve ser levado em consideração o princípio da legalidade, onde o particular pode fazer tudo que a lei não proíba, enquanto que os que se encontram dentro da administração pública só podem agir conforme determina a lei, logo as atitudes do SERASA, SPC e outros, são totalmente ilegais.

10- Lei 9.507 de 1997 que regula o direito de acesso à informação e disciplina o rito processual do “habeas data”

Trataremos do direito ao conhecimento e à retificação de dados pessoais do consumidor, perante aos órgãos responsáveis pelos arquivos nos bancos de dados baseado no artigo 4º da lei que: “constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o

interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, podem requerer sua retificação”.

§ 1º(...)

§ 2º “ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado”.

Perante a lei, tem o consumidor, o direito de retificar os seus dados incorretos ou apresentar uma justificativa plausível, mediante documentos comprobatórios explicando os motivos ocorridos, de que seu nome fora negativado, ou seja, é uma forma de concretizar o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois o surgimento de casos fortuitos ou força maior podem atingir a todos, resultando em enormes prejuízos.

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor, conhecido pela lei 8.078/90 trouxe avanço significativo em nosso ordenamento jurídico, colocando a disposição do movimento consumerista princípios modernos e inovadores de defesa da sociedade, instituindo, ainda, instrumentos ágeis e efetivos de proteção e defesa do consumidor, deixando um pouco de lado normas referentes aos bancos de dados dos mesmos que se encontram inadimplentes por diversos motivos.

Todavia, passados mais de vinte anos, necessário proceder-se à sua atualização, haja vista aos avanços tecnológicos, as mudanças na conjuntura econômico-social e o aumento do crédito e do consumo, principalmente no que toca ao superendividamento do consumidor.

O crescimento do comércio eletrônico por meio eletrônico, nos últimos anos, demonstra que essa nova forma de contratação é cada vez mais utilizada, seja pela gama de ofertas, comodidade e facilitação de acesso, seja pelos sucessivos recordes de faturamento. Mas se há muitas vantagens e benefícios, há também maior vulnerabilidade do consumidor.

Com essa nova realidade, deve também existir um reforço aos direitos de informações não precipitadas, transparência, lealdade, e principalmente mecanismos normatizados que proporcionem a segurança das transações, e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais, objetivando uma menor desigualdade do consumidor perante aos demais.

Enquanto o panóptico encarnava um modelo ótico e espacial de visão total, a vigilância digital põe em obra uma visibilidade que é informacional e temporal, onde não basta ver tudo, mas principalmente prever, a ponto de preceder o evento. Ou melhor, tudo ver no âmbito do espaço e dos corpos atuais e presentes só faz sentido, só é operacional se essa visão for capaz de projetar cenários, tendências, preferências. E mais, essa antevisão produz efeitos não tanto pela sua acuidade na previsão do futuro, mas sim pelo próprio processo de antecipação, que acaba por intervir nas escolhas, comportamentos e ações presentes, tornando efetivo o que se antecipou.

A vigilância moderna instaurou uma série de rituais de observação e exame que acabam tentando tornar as superfícies transparentes e revelam, sob os disfarces da aparência, a verdade recolhida na profundidade dos corpos e alma. Diferentemente, a vigilância digital não está tão interessada na verdade e na profundidade, mas no desempenho, nos fluxos de informação e comunicação. A visibilidade aí construída não corresponde ao desvelamento de uma profundidade essencial, mas a antevisão e construção de superfícies ou cenários que orientem e intervenham no campo de ações, escolhas, cuidados dos indivíduos.

As capacidades de vigilância das infraestruturas de negócios, transportes e do governo se multiplicam rapidamente, mas os indivíduos e grupos têm dificuldade em descobrir o que acontece com suas informações pessoais, quem lida com elas, quando e com que fim. De fato, na maioria das vezes, os cidadãos comuns e consumidores simplesmente não têm tempo ou incentivo para procurar esses detalhes. Enquanto isso, pouco a pouco, seus dados pessoais são usados para moldar suas oportunidades na vida e orientar suas escolhas.

No entanto, dado o poder das grandes organizações, com capacidades sofisticadas de vigilância, parece justo que as pessoas comuns tenham sua voz ouvida, ainda que pelo menos em nível de princípio. Pode-se lutar por isso não apenas através de agências especializadas, mas também por meio de grupos jurídicos e pela própria mídia.

Os dados coletados por tecnologias de vigilância fluem por redes de computadores. Muitos podem consentir em oferecer seus dados em certa situação, mas o que acontece quando esses dados são transferidos para outro lugar? Com frequência uma variedade cada vez maior de bancos de dados é consultada. No entanto, tanto o público quanto as agências que compartilham esses dados sabem muito pouco sobre os locais exatos por onde esses dados trafegam. A ideia de que intervenções políticas sejam orientadas pela inteligência se firmou, e essa ideia, somada as redes e ao potencial de cruzamento de dados das infraestruturas digitais contemporâneas, significa que a vigilância parece operar segundo uma lógica própria.

Mas essa lógica precisa ser questionada, examinada e verificada, particularmente no que diz respeito a processos que envolvam fluxo de dados de um local para o outro. Esse fluxo de dados requer descrição e análise. É importante perguntar qual é o grau de

segurança dos bancos de dados contra o acesso não autorizado e o vazamento de informações, mas é ainda mais vital questionarmos: até que ponto deve ser permitido que os dados transmitam de uma esfera para outra.

Os dados pessoais, coletados e usados para um propósito e para realizar uma função, muitas vezes assumem outros propósitos e funções, que ampliam e intensificam a vigilância e as invasões de privacidade além do que havia sido entendido originalmente e considerado socialmente, eticamente e legalmente aceitável. O mundo real da sociedade da vigilância é muito complexo para respostas tão rápidas.

Os bancos de dados e seus perfis operam como máquinas performativas com uma função quase “oracular”, dado que não representa uma realidade prévia ou subjacente, nem preveem um futuro certo e necessário, mas efetuam uma “realidade” ou “identidade” na medida mesma em que a preveem, projetam ou antecipam.

É evidente que as tendências e inclinações projetadas no perfil acabam condenando o presente e o futuro simulado, sufocando inúmeras outras possibilidades certamente presentes na identidade de uma pessoa, sendo necessário chamar a atenção para o fato de que tais constrangimentos e perigos próprios desta forma de poder não acabem resultando em presunções injustas e exclusões sociais.

BIBLIOGRAFIA:

A Privacy International - O site da organização disponibiliza um grande acervo de documentos sobre a matéria: <http://www.privacyinternational.org/>. (acesso no dia 31/03/2009).

BENJAMIN, Antonio Herman V. **MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR**, São Paulo: RT, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O CONSUMIDOR E OS BANCOS DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO**, São Paulo: RT, 2003.

BRASIL, Lei 4.595 – de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c.civil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm (acesso no dia 25/02/2009).

COVIZZI, Carlos Adroaldo Ramos. **Práticas ABUSIVAS DA SERASA E DO SPC**, São Paulo: Edipro, 2000.

EFING, Antonio Carlos. **BANCOS DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES**, São Paulo: RT, 2002.

FILHO, Sergio Cavalieri. **PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL**, São Paulo: Atlas, 2007.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **ABUSO DE DIREITO**, Salvador-BA: Podivm, 2006.

JUNIOR DIDIER, Fredie. **AÇÕES CONSTITUCIONAIS**, Salvador-BA: Podivm, 2007.

LICCIONE, Gino. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, Rio de Janeiro - RJ: Roma Victor, 2003.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, **A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de, **Cadastro DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**, Campinas-SP: LZN, 2002. 667 p.

REQUIÃO, Rubens. CURSO DE DIREITO COMERCIAL, São Paulo-SP:
Saraiva, 2007.