

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CADASTRO POSITIVO DE CLIENTES: LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO
APLICÁVEIS**

Eduardo dos Santos Berg

Presidente Prudente / SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CADASTRO POSITIVO DE CLIENTES: LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO
APLICÁVEL**

Eduardo dos Santos Berg

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Caíque Tomaz Leite da Silva.

Presidente Prudente / SP

2016

**CADASTRO POSITIVO DE CLIENTES: LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO
APLICÁVEIS**

Monografia/TC aprovado como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Nome do Orientador

Caíque Tomaz Leite da Silva

Nome do examinador

Nome do examinador

Presidente Prudente, (data de apresentação)

“No início, forjados nos corações das estrelas, para então um dia ganharem consciência sobre si mesmo e sobre o mundo” – Aatoria Própria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio concedido durante o curso, aos amigos que facilitaram a caminhada por estes anos e aos mestres professores que pacientemente nos ensinaram.

RESUMO

O presente trabalho destina-se a estudar a entidade cadastral regulamentada pela lei 12.414 de 09 de junho de 2011, primariamente os reflexos jurídicos do instituto e sua interação com os demais diplomas legais, notadamente a Constituição e o Código de Defesa do Consumidor. Foram abordados os reflexos constitucionais da nova lei, que em grande parte, se direcionaram a desmitificar as críticas inicialmente levantadas pela doutrina, bem como o constante conflito entre os direitos à informação *versus* intimidade, cujo embate, como vimos, formam as fronteiras dos institutos ora tratados. Também foram abordadas, teorias, como a do diálogo das fontes, como forma de integração normativa expressamente trazida pela lei como forma de interpretação. Por fim foram abordados os mecanismos internos da lei, onde serão estudados os principais atores desta nova forma de relação jurídica, estudando as delimitações e direitos a eles impostos, visando ao esclarecimento de questões que podem surgir na prática jurídica.

Palavras-chave: Cadastro positivo. Crédito. Consumidores. Proteção ao Crédito.

ABSTRACT

The present work intends to study the entity lists of consumers, regulated by the law number 12.414 of 09 of June of 2011, At first the reflex of the institute in the legal system and their interaction with other laws, especially the Constitution and the Consumers Defense Law. There will be objects of discussion too, the internal mechanisms offered by the respective law, where will be studied the main actors of that juridical relation, studying deep the delimitations and rights that the law gave to them, looking for answers to questions unquestioned by the authors. The work intends to demystify the institute, principally between the lawyers class, who don't write much about the theme. Intending that demystify in the consumers too, in a work who turned into a way of information, because, even completing four years of existence, the consumers avoid that system, mitigating the effects of a big adhesion, who could cut the interest rate of the country.

Keywords: Positive Lists. Credit. Consumer. Protection of Interests

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. BANCO DE DADOS E A VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO.....	12
2.1 Teoria do Diálogo das Fontes.....	13
2.2 Diferenças Entre <i>Banco de Dados</i> e Cadastro de Consumidores	16
2.3 <i>Bancos de Dados Públicos</i>	17
3. GESTOR.....	17
3.1 Conceito.....	17
3.2 Responsabilidade Civil e Teoria do Risco	18
3.3 O Art. 6º, e a Incidência da Boa-Fé Contratual	20
3.3.1 Informações a serem prestadas para o consumidor.....	22
3.3.2 Dever de informar o cadastrado.....	23
3.3.3 O art. 9º, e o compartilhamento da informação.....	25
4. CADASTRADO E CONSULENTE.....	28
4.1 Equiparação dos Cadastrados a Consumidores.....	28
4.2 Intimidade e Privacidade vs. Informação.....	30
4.2.1 O sistema legal de proteção de dados pessoais.....	32
4.2.1.1 A legitimidade para o tratamento dos dados pessoais.....	33
4.2.1.2 Procedimentos para a garantia do direito: a finalidade da informação como elemento de proteção à privacidade.	35
4.2.1.3 A responsabilidade civil das perdas econômicas e a perda existencial: a indenização com função punitiva.....	36
4.3 Isonomia	39
4.4 O Art. 5º, da Lei 12.414/2011	45

4.4.1	Cancelamento do cadastro	45
4.4.2	Acesso e correção das informações	47
4.4.3	Elementos para análise de riscos	48
4.4.4	Qualificação do <i>banco de dados</i>	49
4.4.5	Revisão de decisões automatizadas	49
4.5	Possibilidade de Cadastro da Pessoa Jurídica	50
4.6	Consulente	51
4.6.1	Conceito.....	51
5	FONTE	51
5.1	Conceito.....	51
5.2	Obrigações Da Fonte.....	52
5.2.1	Manutenção dos registros.....	52
5.2.2	Revogação e correção dos registros.....	53
5.2.3	Alimentação dos <i>bancos de dados</i>	55
6	INFORMAÇÕES.....	56
6.1	Conceito de Histórico de Crédito e a sua Relação com a Economia Comportamental	56
6.2	Anotação.....	57
6.2.1	Conceito e limites	57
6.3	Qualidade da Informação	59
6.3.1	Informações sensíveis	61
6.3.2	Informações excessivas	61
6.4	Prescrição da Informação	61
7	CONCLUSÃO	63

8	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
---	----------------------------------	----

1. INTRODUÇÃO

Até a edição da lei 8.078 de 1990, o Brasil ainda não contava com um sistema de proteção ao crédito que contasse com um fundamento legal, sendo que os primeiros *bancos de dados* e cadastro foram regulamentados somente após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, regulamentando simultaneamente, os cadastros positivos e negativos.

O avanço na tecnologia, principalmente àquelas destinadas à captação e armazenamento de dados, levou a um crescimento exponencial dos bancos de dados e cadastros de consumidores, pois arquivos inteiros foram substituídos por servidores, que armazenam infinitas vezes mais informações, com precisão e velocidade inigualável, revolucionando as maneiras de comunicação da sociedade atual. Notícias de todos os gêneros são lidas o tempo todo em todos os lugares, e conseqüentemente seus reflexos são sentido de forma muito mais célere.

Basta pensar na variação da bolsa de valores brasileira no segundo turno das eleições do ano de 2014, quando as divulgações das pesquisas eleitorais ditavam os altos e baixos do mercado de capitais. As reações ocorriam em questão de minutos. Tal fenômeno se explica pela necessidade de antecipação e previsão do comportamento futuro do mercado de capitais, as taxas de juros, investimento de capital e todo o resto se regulam pela confiança do investidor, que só é possível, pelas vias da antecipação: Quanto mais o detentor do capital puder antecipar os resultados futuros, menores serão os riscos. Logo, possuindo uma maior certeza de rentabilidade, descarrega o capital das suas incertezas, baixando a sua remuneração sobre este e reduzindo a taxa de juros.

Neste âmbito, a lei 12.414 de 09 de junho de 2011, que regulamenta a estrutura dos bancos de dados destinados à formação do histórico de crédito, vem importar essa impressão sobre os mercados, em menor escala, permitindo que o fornecedor possa ter uma base objetiva de informações que lhe permita interpretar as possibilidades do futuro, com base nos históricos fornecidos pelas entidades cadastrais o que pode ser proveitoso ao crescimento econômico e desenvolvimento social.

Num primeiro momento, tratamos as noções introdutórias ao banco de dados, sua diferença básica com o cadastro, bem como a menção expressa da lei 12.414/2011 ao diálogo das fontes.

Posteriormente, adentraremos ao estudo das atribuições e deveres do gestor, que tem a ação toda destinada à garantia dos direitos do cadastrado e a preservação da segurança e confiabilidade das informações.

Prossegue-se então ao estudo do cadastrado, onde a legislação cuida de lhe trazer as garantias necessárias à preservação de sua segurança e dignidade, que possuem status constitucional, com ênfase na isonomia e intimidade do cadastrado.

A análise se estenderá também às fontes da informação que devem se manter sempre atualizadas e em constante comunicação com os gestores, e das responsabilidades dos consulentes da informação.

Por último, a análise se estenderá às informações, abordando as suas limitações e principalmente, seu papel tanto em relação à pessoa do cadastrado, quanto como agente regulamentador do mercado de capitais.

2. BANCO DE DADOS E A VISÃO ECONÔMICA DO DIREITO

Muito embora historicamente as interações entre as ciências jurídicas e as ciências econômicas fossem negligenciadas pelos estudiosos das duas áreas, é natural que as duas disciplinas interajam, uma vez que possuem o mesmo objeto de estudo: o comportamento humano pelo prisma finalístico. Neste âmbito, surge um novo movimento iniciado nos Estados Unidos, que enxergam dentro dos princípios da ciência jurídica a função de efetivar políticas econômicas, promovendo-lhes como forma de alcançar a justiça social através do “welfare state” (OLIVEIRA e FERREIRA, 2012, p. 15).

Segundo OLIVEIRA (2002) *apud* OLIVEIRA e FERREIRA (2012, p. 16) a mecânica da visão econômica do direito se traduz em cinco premissas:

(a) o fenômeno da escassez, que significa o reconhecimento da limitação de recursos; (b) a maximização racional, que importa na consideração de que os indivíduos tomam decisões que atendam aos próprios interesses, alcançando os maiores benefícios aos menores custos; (c) o equilíbrio, que afirma serem os padrões de interação relativamente estáveis; (d) os incentivos, que representam as medidas a serem adotadas no sentido de induzir e promover determinada conduta desejável; e, por fim, (e) a eficiência, que comporta as mais diversas definições, sendo aqui adotada a de que se trata do esforço pela maximização do bem-estar e da riqueza com o menor custo social possível.

Assim, é possível perceber, que a lei 12.414 de 06 de junho de 2011 que visa a formação de históricos de crédito para concessão personalizada de taxas de juros, tem fundamentada a sua existência através da pilastra do incentivo às condutas desejadas, revelando o caráter da lei como instrumento de fomentação do crédito. Desta forma a legislação comentada conta com indissociável carga mercantil, que juntamente à constituição, devem orientar as interpretações sobre as regulamentações que trazem.

2.1 Teoria do Diálogo das Fontes

Historicamente o direito sempre se dividiu em dois grandes ramos: o direito público e o direito privado. Tal divisão remonta à própria história do direito, pois desde a sua gênese as relações entre particulares conheceram profundas diferenças com aquelas pertencentes pelo direito público.

Entretanto, na segunda metade do século 20, as linhas de diferenciação entre os institutos começaram a se enfraquecer, devido à influência econômica e transacional de certos atores privados, cujo poderio tão grande lhe permitia ditarem as regras do contrato, pois sabia que o outro pólo necessitava dele. (MAFFEI, 2011, pp. 112-114)

Como forma de aumentar a proteção do pólo contratual vulnerável e reequilibrar a relação jurídica, foram criadas diversas legislações destinadas à proteção das partes mais vulneráveis do contrato. Apenas tomando por exemplo, os contratos de trabalho antes eram regidos pelas normas da locação que constavam no Código Civil, assim como as relações de consumo, que antes eram regidas pelo mesmo diploma, e que em 1990 ganharam tratamento jurídico autônomo.

Ocorre que, com a crescente produção legislativa, aumentaram os casos envolvendo conflito de legislações, que classicamente se resolviam, pela lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) adaptada à lógica do “tudo ou nada” (ÁVILA, 2012, p. 41), mas que nem sempre levava à conclusões satisfatórias, pois ao revogar, ainda que parcialmente uma norma retirando-a do caso “*in concreto*”, afastava os princípios por ela defendidos, fundamentando decisões injustas e por vezes contrárias aos ideais de justiça.

Neste contexto pluralista de fontes, o jurista Erik Jayme criou a teoria do diálogo das fontes, trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques. Tal teoria

“propugna uma visão sistemática e funcional, dentro de uma nova perspectiva mais humanista” (BORGES, 2012, p. 32-33) figurando como alternativa ao sistema clássico de resolução das antinomias. Define neste sentido Erik Jayme, *apud* MARQUES, (2003, p. 74-75):

Na belíssima expressão de Erik Jaime, é o atual e necessário “diálogo das fontes” (dialogue de sources), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo”, por que há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Deste modo o autor defende a aplicação coordenada das diversas leis que podem reger um caso concreto, cabendo ao intérprete em questão a ponderação coerente dos elementos em questão buscando, quando possível a complementariedade dos institutos.

Nesta linha a lei 12.414/2011 preleciona logo em seu art.1º:

Art. 1º, Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, **sem prejuízo do disposto** na Lei nº, 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Parágrafo único. Os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno serão regidos por legislação específica.

A lei, na parte em negrito reforça a incidência da teoria do diálogo das fontes, ao dizer “sem prejuízo do disposto”. Ora, a regulamentação constante no Código de Defesa do Consumidor não deve ser afastada em detrimento desta, sendo claro o desejo do legislador infraconstitucional no fortalecimento do sistema de defesa do consumidor, trazendo ainda que de forma indireta, que sobre o mesmo fato haverá necessidade de aplicação coordenada e harmônica das variadas legislações destinadas à proteção do consumidor.

Tal interpretação é reforçada pelo convite à teoria do diálogo das fontes feito pelo art. 7º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 7º, Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da

legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Segundo BESSA (2011, pp. 75-77), tais mandamentos legais de cláusulas gerais e abertas à interpretação, principalmente quando presentes em legislações cujo o objetivo principal seja de proteger uma determinada classe de sujeitos (idoso, pessoa com deficiência, ou no caso, os consumidores) ou determinada atividade (telecomunicações, energia nuclear, etc.). No caso em tela, é manifesta a adesão do legislador à teoria do diálogo das fontes privilegiando o consumidor.

Diferente não poderia ser, visto que o Código de Defesa do Consumidor realiza verdadeiro corte transversal nas demais legislações, sendo natural a condição cadastrado-consumidor, tornando indispensável à convivência harmônica da lei 12.414/2011 a teoria do diálogo das fontes.

Ainda segundo BESSA (2011, pp. 76-77), após leitura do artigo 1º, de que trata a lei e das disposições do Código de Defesa do Consumidor, obtemos quatro conclusões:

1) A lei não revoga qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor; 2) os princípios (boa-fé objetiva, transparência, proteção à dignidade do consumidor, entre outros) do Código de Defesa do Consumidor bem como seus conceitos legais e doutrinários (consumidor, fornecedor, banco de dados e cadastro de consumo), devem ser aproveitados e considerados numa interpretação da Lei 12.414/2011; 3) eventual omissão (lacuna) de uma norma deve ser suprida pela outra; 4) eventual conflito entre os diplomas deve ser resolvido, com a técnica da proporcionalidade, sob as luzes da Constituição Federal, prevalecendo no caso concreto, a norma que mais densifica princípio ou valor constitucional.

Logo, aplicando a lei 12.414 de 9 de junho de 2011 em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, obtemos um completo sistema de proteção do consumidor cadastrado, que amplia o rol de direitos e garantias dos consumidores, ao mesmo tempo em que se estende a validade das leis e privilegia a constituição federal.

2.2 Diferenças Entre *Banco de Dados* e Cadastro de Consumidores

Muito embora bancos de dados e cadastro de consumidores sejam, em essência, coisas diferentes, a doutrina reúne todos sob a nomenclatura de cadastro positivo. Tais diferenças segundo a melhor doutrina (EFING 2002, pp. 27-35; BESSA, 2011, pp. 77-78) restringem-se aos meios de coleta dos dados; o alcance obtido por eles; e o destino que possui a informação coletada.

Segundo EFING (2002, pp. 30-34), nos bancos de dados, em virtude da própria natureza da atividade e da função meramente econômica dos dados cadastrais, a coleta é aleatória, de forma a propiciar aos interessados no sistema de divulgação o maior número de dados possível do maior número de pessoas cadastradas, bem como as informações a respeito destas. Pode se perceber que os bancos de dados propriamente ditos possuem caráter acentuadamente quantitativo. Entretanto aponta-se que segundo a legislação brasileira o cadastrado é que deve requisitar a abertura deste, o que mitiga, de certa forma tal caráter meramente quantitativo, diminuindo a atuação “*ex officio*” do banco de dados. Enquanto que o cadastro possui traços mais subjetivos, onde o arquivista (que via de regra se confunde com o credor/fornecedor) angaria informações que sejam interessantes ao desempenho da atividade comercial.

No tocante ao alcance das informações, como já salientado, há prevalência do caráter quantitativo da coleta de dados, que tem por fim a divulgação continuada a terceiros interessados em tais informações, o que potencializa a sua circulação. De outro lado o cadastro de consumidores limita-se em tese, aos interesses internos do fornecedor, diferentemente dos bancos de dados, que possuem um objetivo interno, sem difusão de tais dados a terceiros estranhos à relação.

Além das diferenciações trazidas por EFING, parece-nos oportuno a dada por BESSA (2011, pp. 77-78), que nos diz que os bancos de dados possuem caráter mercantil no tocante às informações armazenadas, tratando os dados obtidos de forma impessoal, enquanto que no cadastro, geralmente se busca um fortalecimento do vínculo fornecedor-consumidor, aumentando a comunicação entre estes, visando a fidelização à marca/estabelecimento.

2.3 Bancos de Dados Públicos

Salienta-se inicialmente, que por força do art. 43, §4º, do CDC, todos “os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público” – logo, é correto afirmar que todos os bancos de dados e cadastros são entidades públicas.

Em seu parágrafo único, o artigo 1º, da lei 12.414/2011, tão somente impôs a necessidade de lei específica para regulamentação dos bancos de dados e cadastros positivos mantidos por entes públicos. Portanto, diante de tal afirmação, é precipitado afirmar que estes não possam manter bancos de dados.

A princípio não se justifica criar outra lei que regulamentará o funcionamento dos bancos mantidos por órgãos públicos sendo que o direito tutelado será exatamente o mesmo. Também será idêntica a exposição do cadastrado perante os consulentes, bem como, da mesma forma estará constatada a sua vulnerabilidade face à entidade cadastral.

A União Europeia ao criar a diretiva 95/46, que regulamenta a matéria dos *bancos de dados* e cadastros de adimplentes que serviu de inspiração para a edição da lei 12.414/2011, no Brasil, diz em seu artigo 2º, alínea “b”, que são responsáveis pelos bancos de dados entes públicos ou privados, de modo que não há por que promover tal distinção haja vista que o próprio CDC trata no artigo 3º, e no artigo 43, §4º, dos bancos de dados, sem qualquer distinção entre o ente que armazena os dados.

Logo, conclui-se que, como o bem jurídico tutelado, condutas e responsabilidades são independentes do caráter público ou privado da regulamentação, a sistemática jurídica aplicável deverá ser a mesma.

3. GESTOR

3.1 Conceito

Gestor é a pessoa jurídica responsável pela administração do banco de dados, coletando, armazenando, avaliando e disponibilizando ao consulente as informações requisitadas.

No Brasil tais figuras aparecem de diversas formas, tais como: Serasa/Experian S.A; SPC que é administrado pelas Câmaras de Dirigentes Lojistas, associação civil sem fins lucrativos; o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos) e SCR (Sistema de Informações de Crédito do Banco Central) são mantidos pelo Banco Central do Brasil, que é autarquia federal.

3.2 Responsabilidade Civil e Teoria do Risco

A sociedade tem experimentado desde as revoluções industriais e científicas, foi seguido por um aumento na tecnologia e complexidade dos produtos bem como dos próprios bens de consumo, que conseqüentemente ampliou a demanda. Com produtos mais tecnológicos, que não raro necessitam de mais peças ou petrechos, a sociedade conheceu um extenso leque de atividades a se explorar economicamente.

Ocorre que com o aumento de interesses, foi natural o aumento dos danos advindos de situações que causavam perigo. A vítima então se deparava com poderosos entes empresariais, magnânimos, que se mantinham confortáveis com a situação, pois incumbia à vítima, a prova que deduzisse à culpa do agente causador. Vítima esta que diversas vezes se encontrava totalmente leiga aos conhecimentos daquela área que lhe gerou o dano. (LIMA, 1999, pp. 113-114).

Nesta situação, a Responsabilidade Civil clássica fundada na culpabilidade do agente, como elemento caracterizador do ilícito civil reparável, não se apresentava mais suficiente para uma infinidade de casos derivados das atividades do homem (LIMA, 1999, pp. 115-116).

O primeiro passo direcionado à solução do entrave foi a responsabilidade sem culpa do agente, se visasse somente a reparação do dano materialmente considerado, implica dizer: o direito civil punha abaixo o lado psicológico da Responsabilidade Civil, inaugurando a chamada “teoria do risco integral”. Entretanto, pese dizer que tal teoria foi classificadas como brutal e de conseqüências iníquas pelos defensores da responsabilidade subjetiva. (LIMA, 1999, pp. 117-118).

Entretanto, a teoria do risco integral padecia de algumas falhas, pois quando levada a cabo, pode chegar a uma cadeia infinita de responsabilizações brutais e iníquas ao sistema legal, sendo duramente criticada neste ponto pelos

defensores da responsabilidade extracontratual subjetiva. Em meio ao embate doutrinário acirrado, surgiram diversos posicionamentos relativos à construção da responsabilidade sem culpa, como o de Saleilles, “que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas” – sendo esta, chamada somente de teoria do risco. (LIMA, 1999, p. 119)

Segundo LIMA (1999, p. 119), tal teoria consiste:

Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que “lês faiseurs d’actes”, nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os seus proventos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – Ubi emolumentum, ibi ônus. Não é justo, nem racional nem tampouco equitativo e humano que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.

O *banco de dados* encontra-se também num contexto de relação intersubjetivas que justifica a aplicação da teoria do risco, pois, regulado pela lei 12.414/2011 oferta um serviço de informações relativas ao histórico de adimplemento de obrigações creditícias, expondo o cadastrado a um risco indissociável no tratamento e divulgação das obrigações.

Não só a entidade cadastral, mas também as fontes que fornecem os dados e os consulentes que deles se utilizam, em maior ou menor intensidade, expõem as informações do cadastrado à possibilidade de um ilícito civil.

De uma forma geral, os deveres do gestor, bem como as imposições às fontes e determinações face ao consulente, embora diversas, impõe aos autores da relação cadastral, o zelo pela privacidade da pessoa do cadastrado. Deste modo, é dever de todos, e principalmente do gestor, a atuação correta do banco de dados bem como o ciclo correto da relação, sob pena de responsabilização objetiva das condutas tanto da entidade cadastral, quanto das fontes e consulentes que mantiverem nexos causais com o ilícito.

Tais afirmações implicam que, ainda indiretamente, a legislação incumbiu o gestor do *banco de dados* de zelar pelo fluxo das informações entre o *banco de dados* e as fontes e das informações que fornece ao consulente, como forma de autopreservação. Tal ônus, caracterizado pela possibilidade de responsabilização objetiva foi definido por BESSA (2011, pp. 130-131):

“Merece elogios a disposição, pois a expressa previsão de solidariedade passiva tem como efeito imediato uma postura mais cautelosa de todos os envolvidos, particularmente quando há questionamento do consumidor em relação à veracidade dos dados arquivados. Afasta-se o argumento de que não foi o banco de dados que gerou a informação inexata. Na medida em que colabora para difundir uma informação, há também responsabilidade. É evidente que, num segundo momento, pode (e deve) haver ação regressiva para que o verdadeiro responsável assuma o valor decorrente da indenização”

Portanto, ao instituir responsabilização civil independente de culpa combinada com a solidariedade passiva de todos os envolvidos (fonte, consulente e *banco de dados*) o legislador adotou no bojo da lei a teoria do risco, visando a proteção do cadastrado. Uma vez compatível com o CDC e com o “*means legis*” direcionado à proteção dos dados pessoais, feliz foi o legislador ao estabelecer tanto a responsabilidade objetiva quanto a solidariedade na lei 12.414 de 06 de junho de 2011.

3.30 Art. 6º, e a Incidência da Boa-Fé Contratual

Timidamente adotado no ordenamento jurídico pelas legislações infraconstitucionais quando da edição do Código Comercial em 1850, tal princípio somente obteve maior destaque e relevância, com a promulgação da nossa Magna Carta em 1988 (BESSA, 2014, pp. 86-87) consiste, para CORDEIRO (2007, p. 632); NEGREIROS (2006, p. 142); MARTINS-COSTA (2001, p. 412) *apud* SILVA e MATOS (2014, p. 8):

Lado outro, a boa-fé objetiva, traduz-se numa regra de conduta, que qualifica uma norma de comportamento leal, ético, segundo o qual, o que importa, é a apuração do comportamento das partes conforme os padrões estabelecidos pela boa-fé.

Entretanto, além de referir-se a um modelo ideal de conduta a ser atendido pelas partes, a doutrina nacional reconhece para a boa-fé três funções basilares da existência deste princípio (BESSA, 2014, p. 89): (1) O critério hermenêutico – assim entendido como aquele destinado à interpretação do direito. O intérprete ao se deparar entre duas ou mais soluções possíveis ao caso concreto, deve prestigiar àquela que esteja em maior sintonia com a boa-fé objetiva; (2) limitação do exercício de direitos subjetivos – também chamada de *supressio*, se

constitui na base do reconhecimento do abuso de direito, limitando dentro das atitudes medianas e sadias a utilização da prerrogativa (BESSA, 2014, p. 89) ao mesmo tempo que veda comportamentos contraditórios no desenrolar contratual, uma vez que as partes alterem tacitamente a sua condição e tal alteração somente possa ser desfeita trazendo prejuízo às partes contratantes (MARTINS-COSTA, 2001, p. 371); e por fim, o efeito que mais interessa aos bancos de dados e cadastros de consumidores, a (3) criação de deveres jurídicos anexos, que uma vez interpretados sob à luz da lei 12.414/2011, e seus preceitos protetivos, gera-se automaticamente à entidade cadastral, o dever de prestar informações claras, sobre as atividades e implicações da inclusão de seu nome em entidades de teor cadastral (BESSA, 2014, p. 90), devendo o consumidor ter plena cognição acerca do destino de eventual informação de forma a criar mecanismo que ao mesmo tempo figure como instrumento para a proteção ampla da privacidade do consumidor e ao mesmo tempo contribua contra o cenário de assimetria informacional.

Atenta a esta realidade a lei 12.414/2011 fez constar de seu texto, o artigo 6º, que impõe a terceira vertente da boa-fé, de forma tímida, não adotando a hipótese mais favorável ao cadastrado, embora vincule o gestor a ofertar ampla informação após o requerimento do cadastrado. Veja-se: “Art. 6º: Ficam os gestores de bancos de dados obrigados, **quando solicitados**, a fornecer ao cadastrado” – *grifo nosso*.

Assim, a lei opta como regra geral, esperar pela manifestação do cadastrado para que só então as informações sejam prestadas pela entidade cadastral, o que ainda deixa a desejar em termos de proteção do cadastrado sob o prisma do dever de boa-fé objetiva, haja vista que se este fosse cumprido em total consonância com o espírito protetivo de que trata lei, as comunicações ao cadastrado deveriam ocorrer toda vez que fossem realizados atos de transferência, espelhamento ou consulta dos dados. Assim defende BESSA (2014, p. 90):

Os deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva ganham luz no tratamento de informações – tanto negativas quanto positivas – pelas entidades de proteção ao crédito. De fato, a lealdade e a transparência nas relações, principalmente nos vínculos de consumo, exigem que o consumidor saiba ao obter concessão de crédito, todos direitos, deveres e consequências possíveis decorrentes de eventual inadimplemento de obrigação. O consumidor, em razão da boa-fé objetiva, possui direito de receber informações objetivas e claras sobre a inclusão do seu nome em serviço de proteção ao crédito e o significado de eventual compartilhamento das informações registradas com outras entidades de proteção ao crédito.

Ora o autor diferencia atividade de implicações, tornando clara a separação entre os institutos, ao passo que atividades representem todo o conjunto de tratamento positivo dado aos dados em questão (transferência, espelhamento e consulta), entendemos ser esta a interpretação que deva prevalecer, privilegiando a figura do cadastrado, facilitando a comunicação de todos os atos realizados com suas informações, ampliando o viés de controle que possa exercer. Desta forma cria-se instrumento vital para verificar a qualidade das informações contidas no banco de dados que harmoniza com o espírito protetivo (que valoriza a prestação de informações) prezado pela lei 12.414/2011.

3.3.1 Informações a serem prestadas para o consumidor

Inclui-se na seara de direitos do consumidor cadastrado, o artigo 6º, da lei 12.414/2011, que estabelece o dever do gestor da entidade cadastral, uma vez que o consumidor as tenha requisitado, de informar os dados relativos ao seu registro, dentre os quais se incluem os registros relativos às inclusões ou anotações dos dados relativos ao cadastrado (as “fontes” de informação – referente ao inciso II), aqueles que consultaram os dados (chamados pela lei de “consulentes” – referentes ao inciso IV) e aqueles com quem os dados foram compartilhados (hipótese onde banco de dados que por primeiro recebeu a informação é o responsável por seu compartilhamento – referente ao inciso III), além daqueles que são relativos ao seu próprio histórico de crédito.

Ainda apregoa o respectivo artigo 6º, em seu parágrafo 1º, que qualquer embaraço dificuldade ou limitação do direito é vedada. No âmago do artigo, aponta BESSA (2011, p. 122), que tal legislação visa reforçar a cláusula penal encontrada no art. 72 do CPC, que pune com detenção de seis meses a um ano ou multa a conduta de: “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros”, estabelecendo que as políticas que se choquem com os dizeres destas cláusulas geram além de sanção penal, sanções administrativas e indenização por “limitação do direito de direito que assegura a proteção da privacidade” na medida de seus atos.

Por fim, a legislação estabeleceu o prazo máximo, não superior a sete dias para a prestação das informações que não se ligarem diretamente ao histórico de crédito do cadastrado, pois ausente previsão de prazo específico presume-se o desejo da lei em sê-lo o mais breve possível, tal qual se obtém do art. 5º, inciso II, da lei 12.414/2011:

Art. 5º, São direitos do cadastrado:

II - acessar gratuitamente as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive o seu histórico, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar as informações de adimplemento;

Logo ao permitir a consulta por telefone, o legislador quis atribuir que a velocidade com que deve ser repassada a informação do histórico para o cadastrado seja compatível com a que usualmente num prazo razoável possa ser transmitida via telefônica, cabendo também ao gestor do banco de dados a segurança dos meios de que utiliza.

3.3.2 Dever de informar o cadastrado

Prevê também a legislação 12.414/2011, a obrigação de oferecer ao cadastrado, quando este requisitar um “manual” com seus direitos. A louvável iniciativa legislativa possui por escopo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, devido à falta de informações que em geral este possui sobre os fornecedores de serviços. A ausência de informações gera obscuridade quanto aos limites de atuação, direitos e deveres de cada um, formando fértil terreno à proliferação de abusos, neste sentido Leonardo Roscoe Bessa (2011, p. 120):

Como tem pontuado a doutrina, a vulnerabilidade (fragilidade) do consumidor em relação aos agentes que atuam no mercado decorre, dentre outros fatores do déficit de informações, tanto em relação aos produtos e serviços (que estão cada dia mais complexos) como no tocante aos seus direitos e meios de exercê-lo.

Então pensando na solução para tal problema foi imposto ao *banco de dados* um dever de informar ao cadastrado segundo a redação do art.6º, inciso V, uma: “cópia de texto contendo sumário dos seus direitos”.

Parece-nos que referido artigo 6º, encontra fulcro constitucional no artigo 5º, inciso XXXIII – que estabelece o dever de informação dos entes públicos ao particular – uma vez que as Entidades mantenedoras de *cadastros* de consumidores são equiparadas às entidades públicas (art. 43, §4º, do Código de Defesa do Consumidor). Assim, por conta desta equiparação, é correto afirmar que o artigo 6º, da lei 12.414/2011 deve ser interpretado à luz do direito constitucional de ser informado pelos entes públicos.

Portanto a medida da extensão do dever de informação contida no art. 6º, da lei dos *cadastros* Positivos, deve ter os mesmos limites daqueles destinados a coibir o abuso estatal. Assim sobre tal direito, tecem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins *apud* STROPPIA (2010, pp. 98-99):

Há a nosso ver uma dupla fundamentação para este direito. De um lado, a preocupação que não é nova – uma vez que advém do surgimento das próprias idéias liberais – de fazer do Estado um ser transparente, banindo-se as práticas secretas. De outro, do próprio avanço das concepções de uma democracia participativa.

Ora, se o objetivo é a transparência das atividades dos *bancos de dados* com o objetivo de se coibir abusos contra a pessoa do cadastrado, defende-se uma interpretação ampliativa de tal entendimento. Segundo a qual dentre as informações “mínimas” devem incluir também os deveres dos das fontes e dos consulentes, assim como esclarece BESSA (2011, p. 121):

Literalmente, a lei, estabelece que os direitos indicados são aqueles decorrentes da relação mantida pelos bancos de dados, mas, em interpretação teleológica, pode-se afirmar que o texto deve conter os direitos em relação aos que alimentam e consultam os arquivos de consumo também, ou seja, fontes e consulentes, para utilizar a terminologia legal (art.2º).

Entretanto tal posicionamento não decorre somente da necessidade de interpretação teleológica do instituto em questão, mas também, da necessidade de conhecer transparentemente todos os direitos possíveis em relação às fontes e aos consulentes, uma vez que tais atores possam igualmente cometer abusos e lesarem os direitos e interesses do cadastrado.

Assim toda a proteção ofertada pela lei deve ser objeto do direito de ser informado do cadastrado, indicando-lhe e conscientizando-lhe de forma clara das faculdades e garantias que dispunha definindo limites à atuação dos autores das relações com os *bancos de dados*.

3.3.3 O art. 9º, e o compartilhamento da informação

Muito embora o tema do compartilhamento da informação seja objeto de estudo do tópico destinado à informação, os parágrafos subsequentes apresentam uma série de reflexos nos atributos do gestor, o que justifica uma análise mais pormenorizada neste momento.

Os parágrafos do art. 9º, são a fonte de diversas normas relativas ao gestor, ora atribuindo-lhe tratamento jurídico diverso do que usualmente teria, ora impondo-lhe a prática de atos que tem duplo efeito, protetivo da intimidade do cadastrado e da saúde do mercado de crédito.

Primeiramente, para que estas obrigações passem a ser exigidas será necessária cláusula contratual no sentido de permitir a permuta de informações do cadastrado. Uma vez presente, é desnecessário informar o consumidor nos termos do art. 9º. Entretanto, ainda será necessário que o gestor mantenha os registros de rastreamento da informação, visto o imperativo dever de informar o cadastrado conforme preleção do art.6º, II, da lei 12.414/2011.

Reitera-se que, uma vez autorizado o compartilhamento, se tornam desnecessários os avisos relativos à movimentação dos dados para outros bancos de dados, pois uma vez assinado, presume-se a ciência da movimentação em algum momento, ou em vários destes, das informações. Além do que, a lei obriga o gestor a manter registro de tal movimentação, e só vincula sua apresentação a um momento citado no artigo 6º: quando do requerimento do cadastrado. Assim, o gestor não é legalmente obrigado a fornecê-la sob outras condições.

Avaliamos neste sentido que a despeito da permissão legal, a desnecessidade de comunicação do consumidor sobre as transferências de dados que lhes digam respeito, constitui violação constitucional de sua intimidade e vida privada, que essencialmente vai de encontro ao dever de transparência abordado no tópico anterior.

Entretanto, assim não pensou o legislador, deixando o sistema de transferência de dados aberto, permitindo a troca, sem vigilância do cadastrado dos seus dados pessoais. O que se sugere é um sistema mitigado, onde mesmo que o cadastrado não possua imediato poder de veto da transferência das informações, possa acompanhar suas movimentações. É preferível este sistema, pois não raro, conteúdos aparentemente inocentes, sem conteúdo econômico algum, são compartilhados em redes sociais chegando facilmente à casa das centenas de milhares de compartilhamentos, em diversos locais do globo. Logo, há de se convir que tal publicidade exacerbada dos dados cadastrais é mais danosa que benéfica ao cadastrado. Assim, seria mais prudente, estatuir o dever de informar as permutas de informações que envolvessem o nome do cadastrado, com bancos de dados alienígenas, evitando surpresas para o cadastrado.

Porém, críticas à parte, o primeiro ponto a ser comentado é o fato de a lei equiparar, no §1º, do art. 9º, da lei 12.414/2011, para fins de solidariedade na reparação civil, os bancos de dados que receberam a informação distribuída.

Uma vez distribuída a informação, surge para a entidade cadastral que emitiu as informações – emitente – a obrigação de segundo o art. 9º, § 2º, da lei 12.414/2011: “manter atualizadas as informações cadastrais nos demais bancos de dados com os quais compartilhou informações, bem como por informar a solicitação de cancelamento do cadastro”.

Neste ponto, foi feliz o legislador, pois tal mandamento amplia o âmbito de proteção ao consumidor, pois num momento cuida de possíveis alterações, resguardando a intimidade e honra do cadastrado ao mesmo tempo em que busca criar mecanismos assecuratórios para a veracidade da informação conforme, Leonardo Roscoe Bessa (2011, pp. 131-132):

“Aqui se disse o óbvio, já que a lei não tolera a circulação de informações inexatas, ou desatualizadas. Na verdade, todos os autores que promovem a dinâmica própria dos arquivos de consumo (fonte, consultante e banco de dados) devem cuidar para manter os dados atualizados, de modo a permitir uma correta avaliação do consumidor e evitar sanções administrativas, civis e penais (arts. 16 e 17) em caso de tratamento irregular.

Apointa-se, entretanto, que o referido parágrafo 2º, não deva ser visto como forma de mitigação do dever de correção e conseqüentemente, da responsabilidade civil (BESSA, p. 131–132). Conforme §1º:

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

Que contrastado com o §2º:

§ 2º, O gestor originário é responsável por manter atualizadas as informações cadastrais nos demais bancos de dados com os quais compartilhou informações, bem como por informar a solicitação de cancelamento do cadastro, sem quaisquer ônus para o cadastrado.

A equiparação foi estratégia do legislador haja vista que, uma vez equiparados o gestor receptor com o gestor emitente, não se estende somente o manto da responsabilidade civil, mas também as obrigações impostas pela lei ao gestor originário, o que contribui para garantir a segurança das informações uma vez que é responsabilidade do gestor, zelar pela qualidade dos dados que compõem seu sistema.

Já o cancelamento, muito embora esteja também previsto no parágrafo §2º, é regulamentado de forma mais aprofundada no §3º:

§ 3º O cancelamento do cadastro pelo gestor originário implica o cancelamento do cadastro em todos os bancos de dados que compartilharam informações, que ficam obrigados a proceder, individualmente, ao respectivo cancelamento nos termos desta Lei.

Assim, além de prever a obrigatoriedade de comunicação de cancelamento de cadastro aos demais bancos que receberam dados do emitente originário, devem também proceder à retirada da inscrição dos registros. Trata-se da encarnação máxima do direito à privacidade, aqui entendido na faceta do “*right to be let alone*” do cadastrado, que aqui encontra aqui, o direito de ser completamente excluído do sistema.

Por fim, o §4º, do mesmo artigo, inteligentemente positiva prática de segurança da informação, tornando obrigatório que:

§ 4º, O gestor deverá assegurar, sob pena de responsabilidade, a identificação da pessoa que promover qualquer inscrição ou atualização de dados relacionados com o cadastrado, registrando a data desta ocorrência, bem como a identificação exata da fonte, do nome do agente que a efetuou e do equipamento ou terminal a partir do qual foi processada tal ocorrência.

Assim para a segurança do cadastrado, o gestor deverá manter registros relativos aos motivos e pessoas que procederam alterações no histórico disponíveis à consulta imediata do cadastrado.

4. CADASTRADO E CONSULENTE

4.1 Equiparação dos Cadastrados a Consumidores

À primeira vista, ao ofertar os seus dados a uma *entidade cadastral*, o cadastrado, age muito mais como fornecedor destes (oferecendo o produto a ser repassado aos mercados - os seus dados) do que como consumidor.

Entretanto não é raro que o Código de Defesa do Consumidor estabeleça conceitos extensivos de consumidor que compreendam também aqueles que não possuíam antes um vínculo contratual, tal qual o consumidor equiparado pelo fato de produto ou serviço, segundo o art. 17, do CDC.

O primeiro lastro que se tem dentro da lei 12.414/2011, do equiparado a consumidor, é a terminologia constante do código, que no art. 43, ao inaugurar a seção VI, logo no “caput” e nos parágrafos 2º, e 5º:

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.

§ 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.

§ 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.

Tal regulamentação equipara cadastrados a consumidores. Há ainda a possibilidade apontada por EFING (2002, pp. 105-112) em três sentidos: a primeira

equiparando o arquivado à consumidor pelas vias do art. 29, a segunda pelo artigo 17, e a terceira pelo art. 2º, “caput”, todos do CDC.

Segundo o artigo 29 da lei 8.078/1990, que se insere no capítulo das práticas comerciais: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”. Para EFING (2002, pp. 106-109), mesmo que não sejam considerados num primeiro momento consumidores, reconhece o legislador a necessidade de antecipação da tutela legal, de forma a evitar que o cadastrado sofra prejuízos face às práticas abusivas ou danosas que possa sofrer. Tal pensamento se estenderia também os consumidores que foram de alguma forma prejudicados por inserções indevidas em cadastros de adimplentes.

Além da proteção conferida pelo supracitado art. 29, toda vez que a entidade arquivista informar de maneira imprecisa ou incompleta os dados que dispõe, gerando-lhe dano, também se sujeitará às normas protetivas do CDC. Entretanto devem-se apresentar, primeiro, dois requisitos, descritos ainda por Luiz Carlos Efig (2002, p. 111): “a) que estes dados sejam inverídicos ou imprecisos (defeito); b) Que este defeito cause dano à incolumidade da pessoa arquivada, em qualquer esfera”.

No mesmo sentido, concluímos que, a equiparação via art.17, é mais restrita, por apresentar requisitos que a tutela de equiparação pelo art. 29, não necessita.

Por fim, é de se pensar que o cadastrado que adentre ao sistema de arquivo positivo não necessariamente espera melhorar a saúde do mercado de crédito nacional, muito menos, algum outro valor supra individual que possa ser pensado. A única coisa capaz de motivar o consumidor é uma contraprestação, que no caso é a promessa de um cálculo de juros personalizado e menor do que o praticado no mercado de crédito atual. Inserindo o consumidor no contexto da circulação de informações formam-se pólos com interesses divergentes, sobre os quais então esclarece (EFING, 2002, p. 113):

O primeiro deles é a própria firma de divulgação de dados, caracterizada como prestadora de serviços de dados pessoais, portanto, fornecedora primária.

Em segundo plano surge o empresário, fornecedor direto em relação ao consumidor, mas que, nesta explanação, assume a função de intermediário,

por utilizar o serviço da empresa de informações para fins de implementação de seus próprios serviços. O outro pólo é assumido pelo arquivado, que é o verdadeiro destinatário final da informação. Esta tem o poder de afetação direta na sua esfera de atuação. Seja a informação verdadeira ou não, benéfica ou não, é o seu interesse final que ela virá a atingir.

Conclui-se portanto, que em razão dos artigos 2º, 17 e 26, todos do CDC, a pessoa do cadastrado é titular de uma relação de consumo por equiparação, recebendo, em razão disso a proteção que a sistemática legal confere às relações privadas desequilibradas em virtude da hipossuficiência do consumidor equiparado.

4.2 Intimidade e Privacidade vs. Informação

Muito embora existam posições contrárias à qualquer interferência jurídica nesta área, tal qual o capitalismo liberal, que se regulamenta com as leis de mercado, o sistema de dados e de proteção da privacidade se autorreglamentaria (DONEDA, 2006, pp. 365-368). Entretanto, convém lembrar que se trata de prerrogativa fundamental dos cidadãos, logo, é legítima a interferência legislativo-regulamentadora do Estado em prol do titular da intimidade.

Segundo FARIAS (1996, p. 111), a intimidade é espécie de privacidade, que por sua vez constitui o direito decorrente da personalidade, que nas palavras de Adriano de Cupis (1967) *apud* Edilson Pereira de Farias (1996, p. 111), define-se intimidade “como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”.

De forma sucinta a privacidade e a intimidade conhecem sua gênese de forma simultânea na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948, resultados dos escritos de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis – e consistem na necessidade de proteção dos cidadãos contra a indiscrição alheia, objetivando a paz do sujeito (FARIAS, 1996, p. 112) através da não interferência na esfera íntima do indivíduo.

Assim também Matos Pereira e Moacyr de Oliveira *apud* SILVA (2005, p. 206):

Toma-se, pois, a privacidade como o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou

comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”, a esfera da inviolabilidade é assim, ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”.

Assim, seria privacidade todos aqueles atos e fatos, manifestações do “eu” personalíssimo titular do direito, sobre os quais, este possui total gerência sobre a sua comunicação. Se insere nesta a intimidade MENDES G. e BRANCO (2013, p. 408) se referem que o “objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”. Esta visão dos primórdios do instituto mantém a sua idéia inicial: “the right to be let alone” (FARIAS ,1996, p. 112).

Em contraste com este instituto, está presente na constituição o direito à informação. Tal instituto, muito embora exageradamente tenha sido chamado de “direito difuso dos concedentes de crédito” (MIRAGEM, 2012, p. 326) se subdivide em dois: o direito de se informar e o direito de ser informado.

A necessidade de informação, surgiu inicialmente num contexto onde a administração pública buscava a eficiência, o que implicava essencialmente em conhecer sua população, para ver/prever problemas e então prover soluções. Esta voraz demanda de informações pelo Estado, não por coincidência, seguiu-se à formação do *welfare state* (DONEDA, 2006, pp. 12-13). Tanto que “a primeira geração de normas de proteção dos dados pessoais, surgiu como reação ao processamento eletrônico de dados nas administrações públicas” (MENDES, L.S, 2011, p. 50).

Entretanto a evolução do conceito de privacidade somente se deu com a decisão do Tribunal Constitucional alemão no julgamento da “Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho” onde trouxe o conceito de “livre controle do indivíduo sobre o fluxo de suas informações” e criou a “autodeterminação informativa” do cidadão, que serviu de base à teoria da proteção dos dados pessoais, que norteou as posteriores legislações europeias sobre o tema (MENDES, L.S, 2011, pp. 50-51)

Segundo MENDES L.S (2011, p. 51):

A corte afirmou que o moderno processamento de dados pessoais configura uma grave ameaça à personalidade do indivíduo, na medida em que possibilita o armazenamento ilimitado de dados, bem como se permite a sua

combinação de modo a formar um retrato completo da pessoa, sem a sua participação ou conhecimento. Neste contexto, argumentou que a Constituição alemã protege o indivíduo contra o indevido tratamento de dados pessoais, por meio do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo o qual o indivíduo tem o poder para determinar o fluxo de suas informações na sociedade.

Assim, a tutela da privacidade se estendeu também à proteção dos dados pessoais, responsável por inserir no cenário internacional as limitações no tratamento de dados.

É exatamente neste meio que insere-se a lei 12.414, de 06 de junho de 2011. Trouxe a legislação a necessidade da autorização do cadastrado para o tratamento de seus dados. Tal autorização é a que permite que o direito civil sustente a autonomia da vontade para a circulação de dados, que dá azo a lei 12.414/2011. (DONEDA, 2006, pp. 370-371).

A revolução tecnológica, por meio das redes sociais foram as precursoras da globalização das escolhas que possam diretamente impactar sobre a esfera do indivíduo. Às expressões de alinhamento político, religioso, dentre outros identificadores pessoais, bem como a imagem e até mesmo a disposição do próprio corpo, dependem somente da manifestação da escolha individual para serem propagadas (DONEDA, 2006, pp. 371-372).

Atenta a este fenômeno social, a autorização do cadastrado ganha poder. O que não quer dizer, no entanto, que consentindo com a realização do mesmo, o cadastrado não possuirá a tutela dos direitos fundamentais que aceitou compartilhar.

4.2.1 O sistema legal de proteção de dados pessoais

A doutrina internacional (principalmente a europeia) vem dando grandes saltos naquele que promete ser um dos temas mais importante da Era Informacional – a proteção à privacidade.

MENDES L. S. (2014, p. 56) modula um sistema trifásico que tem por objetivo primário:

(i) a tutela da personalidade do consumidor contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e (ii) atribuição ao consumidor da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.

Estabelecendo ainda que (MENDES L.S, 2014, p. 56):

em primeiro lugar, propõe-se quais as condições de legitimidade para se realizar o tratamento dos dados pessoais nas relações de consumo; em seguida, são estabelecidos os procedimentos para a garantia desse direito; e, por fim, determinam-se quais as consequências administrativas, civis e penais decorrentes da violação das fases anteriores.

Analisaremos no transcorrer deste capítulo cada uma delas demonstrando as suas expressões na lei 12.414/2011.

4.2.1.1 A legitimidade para o tratamento dos dados pessoais

Convém por primeiro estabelecer que o conceito de legitimidade de que trata a respeitável autora, encontra-se como pressuposto de existência do próprio cadastro.

Inicialmente, segundo os dizeres da autora: “O tratamento de dados deve, como regra geral, ser autorizado pelo consumidor, salvo em casos excepcionais”. Assim, igualmente posicionou-se o art. 4º, da lei 12.414/2011 que impõe o prévio consentimento como requisito de abertura do cadastro, conforme se verifica no artigo 4º: “A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”.

Assim optou o legislador, pelo sistema conhecido por “*opt in*” estabelecendo o contrário do sistema americano (Fair Credit Reporting Act), que tem por regra a desnecessidade de aviso sobre a existência do cadastro de histórico de crédito (RABELO, 2015, p. 1). Como se assevera do caput do artigo 4º, que se utiliza da expressão “*mediante consentimento informado*” para estabelecer ao consumidor a maior das proteções que legalmente poderia dispor.

Uma vez ausente o ato de consentimento tem-se configurado um ato ilícito violador da privacidade do cadastrado que diga-se é presumidamente um dano à personalidade.

Entretanto MENDES L.S (2014, p. 59) atenta-nos que nos contratos onde o tratamento de dados do consumidor seja da própria natureza contratual –

logo indispensável ao regular desfecho contratual, não há necessidade da autorização expressa neste sentido – assim, por exemplo, numa compra e venda via internet, o *host* de hospedagem estaria dispensado da apresentação desta cláusula para justificar o conhecimento, armazenamento e tratamento dos dados relativos ao consumidor (por exemplo, número do cartão de crédito, nome, endereço de entrega da mercadoria). Neste caso, a própria gênese da obrigação encontra-se atrelada à necessidade do fornecimento de tal informação, o que torna desnecessária cláusula específica neste sentido.

Entretanto é errôneo pensar que uma vez de posse dos dados na condição acima excepcionada, o ente cadastral possa dispor deles da forma que bem entender. Na verdade, o consentimento dado à Entidade, toca nos direitos à personalidade, mas em nenhuma hipótese autoriza a transação destes, trata-se de ato unilateral cujo efeito deve ser interpretado restritivamente, não autorizando nada além do tratamento dos dados (DONEDA, 2006, pp. 377-378).

Assim, ao menos, esclarece MESSINETI (1983) *apud* DONEDA (2006, p. 378):

Quem consente não exprime propriamente a ausência de interesse na proteção [de seus dados pessoais], nem a ela renuncia, porém lança mão de um verdadeiro ato de exercício o direito de autodeterminação na esfera das escolhas pessoais.

Ainda segundo o autor, a autodeterminação possui duas funções (MESSINETTI, *apud* DONEDA, 2006, p. 379):

um primeiro no qual o consentimento é a “condição de acesso” para a esfera privada, e está ligada ao poder de autodeterminação; e um segundo no qual o consentimento é “a fonte da regra que confirma a *fattispecie* circulatória (isto é, legitima a inserção destes dados pessoais no mercado)

Portanto, tal autorização tácita, não necessariamente dispõe da proteção inerente à privacidade e nem parece que tal posição possa ser sustentada face à lei 12.414/2011 haja vista que admitir tal comportamento seria dar margem à má-fé e deslealdade contratual, expandindo a autonomia dos *bancos de dados e cadastros* quando claramente a legislação privilegia a capacidade de autodeterminação e disposição do indivíduo face à liberdade de informar.

Assim, caso deseje o espalhamento destas informações obtidas, a *entidade cadastral* deverá criar instrumento apartado, que autorize o tratamento das informações, pois assim assevera CANOTILHO, J.J. GOMES; MACHADO, Jónatas E.M (2003) *apud* BESSA (2011, pp. 98-99):

Em outras palavras, embora fundamental, não se cuida de impor obrigatoriamente uma proteção de privacidade, mas de oferecer todos os instrumentos necessários para determinar, a partir de escolhas individuais, a medida e sob quais circunstâncias dados pessoais podem ser objeto de tratamento. Nessa linha: “O direito à privacidade deve centrar-se na proteção das decisões individuais em matéria de privacidade e não na promoção de uma determinada concepção acerca deste bem. É que numa sociedade composta por milhões de indivíduos portadores das mais diversas, incomensuráveis e antagônicas concepções mundividenciais e valorativas e, frequentemente, portadores de interesses e objectivos diferentes, é impossível impor a todos eles uma determinada concepção de privacidade e muito menos transformar unidimensionalmente o direito a privacidade num dever de privacidade”

Uma vez inserido neste contexto, é mister ao cadastrado conhecer amplamente as consequências do tratamento de suas informações pelos *bancos cadastrais*, que por sua vez devem sempre observar a boa-fé objetiva e as expectativas legítimas do consumidor, que baseando-se nestas informações, deve possuir a capacidade de decidir o que melhor lhe convir (autodeterminação informacional) sendo cientificado dos riscos e impactos provenientes do tratamento de seus dados.

4.2.1.2 Procedimentos para a garantia do direito: a finalidade da informação como elemento de proteção à privacidade.

O ponto de equilíbrio entre a privacidade a ser tutelada pelo texto legal é reforçada pela vinculação da atividade do banco de dados a um fim específico, mencionado no texto legal diversas vezes (art.3º, §§ 1º, e 3º; art.5º, VII e art. 7º). Tal proteção deriva dos diplomas alienígenas, sendo verificada a sua existência tanto no texto norte-americano (*Fair Credit Reporting Act*) como no diploma legal europeu (diretiva 95/46 do Conselho da Europa).

Visando a possibilidade de utilização da informação em malefício do cadastrado a própria lei vinculou a sua consulta e análise a um objetivo específico: analisar o risco de crédito (art.7º, I). Sendo que a expressão “crédito”, trazida no

inciso primeiro deve ser interpretada de forma abrangente, compreendendo todas as hipóteses onde exista algum grau de confiança que gere risco de emprestar.

Quaisquer condutas que não possuam este objetivo em específico geram responsabilização civil dos envolvidos. Assim o legislador quis estabelecer positivamente que a única razão de ser da lei 12.414/2011 é subsidiar as relações comerciais, aumentando a confiança do mercado como um todo. Uma vez desrespeitada tal premissa, passa a contar, o cadastrado proprietário dos direitos violados com inúmeros instrumentos normativos e judicativos que lhe permitem velar pela própria intimidade e privacidade.

Para efetivar tais direitos, o legislador pôs à disposição do cadastrado acesso incondicionado aos próprios dados, incluindo consultas aos nomes de todos os consulentes que consultaram seu nome nos últimos seis meses (art.6º, IV), correções de informações indevidas no prazo máximo de sete dias, além de responsabilidade objetiva da fonte, consulente e banco de dados.

4.2.1.3 A responsabilidade civil das perdas econômicas e a perda existencial: a indenização com função punitiva.

Nem todo dano sofrido pela pessoa possui o mesmo peso, muito menos a mesma forma. Exemplo disso é a diferenciação que a nossa própria legislação faz acerca das espécies de danos reconhecidas em nosso ordenamento jurídico, veja-se a exemplo o artigo 949 do Código Civil: “Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Nesta esteira aproveitamos os ensinamentos de GRUNDMAN (2015, pp. 29-30) que estabelece a diferenciação entre danos econômicos e “perdas existenciais”:

(...) o significado “existencial” – destacado – de saúde e vida, eventualmente também de bens comparáveis pode ser facilmente fundamentado, nos catálogos de direitos humanos e fundamentais, ou seja, na respectiva “ordem fundamental”, aludindo-se à valência precisamente desses bens. Contudo, além de intervenções nesses valores e direitos personalíssimos, prejuízos econômicos também podem ser existenciais neste sentido, mas só quando atingem a própria existência do consumidor, nomeadamente quando podem fundamentar o risco de sua ruína financeira. Neste aspecto, pode-se ver uma evolução central na introdução do instituto da insolvência do consumidor(...)

Ainda segundo FILHO e LIMA (2013, p. 96):

(...) as modernas concepções teóricas sobre o assunto buscam a definição de dano moral relacionando-o com seus elementos essenciais, em razão de bens como a personalidade, vida, integridade física e intelectual, nome, imagem, tranquilidade espiritual, “liberdade individual, honra reputação, pudor, segurança, amor próprio estético, afeições legítimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame, dentre outros semelhantes”. Logo, os danos morais estão relacionados com a tipologia de danos que atingem a pessoa, enquanto o dano material atinge o patrimônio.

Ora, uma vez armazenando dados pessoais do cadastrado/consumidor, as informações tidas por sensíveis ou excessivas (discutidas propriamente, mais adiante, em tópico próprio) independentemente de serem espelhadas ou transferidas para outro banco de dados, afetam ainda que de forma velada a própria existência do cadastro. Ainda que forme histórico e contabilizada a informação sensível ou excessiva, ela possa ser diluída pelo restante do cadastro, para nós deve-se aplicar o mesmo sistema aplicado para inclusões indevidas em *cadastros* negativos e entidades de proteção ao crédito – o dano in re ipsa, que prescinde de prova – tal qual se filia a 4º, turma do STJ, ao decidir o Recurso Especial 651443, publicado no dia 06/12/04, assim dispõe sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DEVOUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CCF - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - VALOR INDENIZATÓRIO. 1 - Dissídio jurisprudencial comprovado, nos termos do art. 541, § único, do CPC, e art. 255 e parágrafo, do Regimento Interno desta Corte. 2 - O Tribunal a quo, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, reconheceu o evento danoso e a ilicitude da conduta da recorrente, confirmada, inclusive, pela própria CEF, tanto no que diz respeito à inscrição indevida do nome da autora no CCF (fls. 08), quanto ao erro cometido pelo estabelecimento bancário em não ter efetuado a transferência entre as duas contas, de modo a evitar a devolução indevida do cheque (fls. 83). 3 - **A simples inscrição indevida do nome da recorrida no cadastro de emitentes de cheques sem fundos - CCF, já é suficiente para gerar dano reparável. Precedentes.** 4 - Considerando-se as peculiaridades e os aspectos fáticos do caso em questão, bem como os princípios de moderação e de razoabilidade nos quais arrimou-se o decisum recorrido, tenho que o valor fixado pelo Tribunal a quo em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), a título de danos morais, foi corretamente arbitrado, compensando o recorrido pelos efeitos do evento danoso, sem proporcionar-lhe enriquecimento indevido. 5 - Recurso conhecido, porém desprovido. (grifo nosso)
(STJ - REsp: 651443 BA 2004/0046673-7, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 09/11/2004, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20041206<br --> DJ 06/12/2004 p. 335)

Assim também se posicionou a 3ª Turma do STJ, no AgRg 1.149.294/SP, publicado no dia 18/05/2011:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. **1. Nos casos de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes o dano moral se configura in re ipsa, isto é, prescinde de prova.** Precedentes. 2. Esta Corte, em casos que tais, tem fixado a indenização por danos morais em valores equivalentes a até cinquenta salários mínimos. 3. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso em que fixado em R\$ 7.000,00. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (grifo nosso)

Conforme se extrai, a tendência jurisprudencial atual não rumará totalmente à preservação da imagem do consumidor – pois se assim se posicionasse, valoraria mais o status quo ante do então incluso, o que necessariamente dependeria de prova. Dispensar a prova do dano moral significa dispensar na prática a afetação negativa do ofendido, impondo-se de qualquer forma o dever de indenizar.

Desta forma, parece que referido tribunal vem exacerbando a faceta punitiva e pedagógica que possui o dano moral, tal qual citada por GONÇALVES (2012, p. 331):

Já dissemos, no item que trata da natureza jurídica da reparação do dano moral (n.16, retro), que a reparação pecuniária, tanto do dano patrimonial como do dano moral, tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. O caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Porém, a finalidade precípua da indenização não é punir o responsável, mas recompor o patrimônio do lesado, no caso do dano material, e servir de compensação, na hipótese de dano moral. O caráter sancionatório permanece ínsito na condenação ao ressarcimento ou à reparação do dano, pois acarreta a redução do patrimônio do lesante. Não se justifica, pois, como pretendem alguns, que o julgador, depois de arbitrar o montante suficiente para compensar o dano moral sofrido pela vítima (e que, indireta e automaticamente, atuará como fator de desestímulo ao ofensor), adicione-lhe um plus a título de pena civil, inspirando-se nas punitive damages do direito norte-americano.

Assim é razoável a suposição que a razão que o Judiciário a proceda de tal forma visando coibir a reiteração de tais condutas, pois “a inserção de nome

do consumidor em cadastro de inadimplentes pode estar sendo utilizada como um eficiente mecanismo de cobrança que constrange a adimplir aquilo que o fornecedor entende ser devido” (FILHO e LIMA, 2013, p. 101).

Muito embora, os históricos de crédito padeçam do mesmo mal, tais malefícios são atenuados face à presença de informações sobre o adimplemento, o que inevitavelmente reduz o abalo moral sofrido pelo cadastrado, encontramos outro forte motivo para tutelar tal hipótese no âmbito da lei 12.414/2011. Uma vez que qualquer anotação indevida ou que não encontre correspondente fático, viola o princípio da segurança da informação, ao passo em que se inserem informações nocivas ao mercado de informações, ludibriam-se aqueles que nele se suportam para medir o risco de seus contratos, trazendo prejuízo à todas as partes da relação e desvirtuando um dos pilares sobre o qual se fundamenta a própria legislação.

Assim, uma vez que se adota o sistema dos danos *in re ipsa*, exacerbando o caráter disciplinar, certifica-se de que a entidade cadastral cumprirá o fim legitimado a ela pela lei, protegendo uma informação cuja natureza e tendência, é ser espalhada, ao mesmo tempo em que se preza a reduzir a vulnerabilidade do cadastrado.

4.3 Isonomia

Em que pese a carta constitucional no art.5º:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes”.

Não se pode deixar de perceber que aparentemente a lei que regula o instituto esteja em rota direta de colisão com a isonomia assegurada pela magna carta, ao dividir os consumidores em “bons e maus pagadores”.

Ainda segundo parcela da doutrina, principalmente Ciro Expedito Scheraiber (S/n, pp. 6-8), tal instituto é discriminatório e contrária tanto à boa-fé contratual quanto à presunção de boa-fé estabelecida pelo ordenamento, generalizando a ideia de que todos os consumidores que não possuem cadastro positivo, ou estiverem inscritos em cadastro negativo, são por presunção “caloteiros”,

bem como aqueles que atuam dentro do chamado “mercado informal”. Assim defende SCHERAIBER (S/n, pp. 7-8):

Nesse contexto, o consumidor que não tiver melhores condições de oferecer garantias de um adimplemento, porque nunca foi registrado positivamente num *banco de dados* ou, mesmo o consumidor que operar em trabalho informal, estará alijado do mercado de crédito. Como fato social e econômico relevante para o nosso país, a economia informal é geradora de entraves para a concessão de crédito. Afinal, quais as garantias de adimplemento que o trabalhador não registrado ou o comerciante informal oferece à entidade de crédito? Evidentemente que o banco de dados positivo intensificará o processo de seleção dos que comportarem maior pontuação para o adimplemento. Dentro desse quadro de exclusão, o privilégio de determinadas castas econômicas, a despeito de um poder estatal enfraquecido, expõe o consumidor (vulnerável) a inseguranças diversas, exatamente por parte daquele que deveria oferecer tutela confiável.

Ainda segundo o autor, o legislador parte de premissas erradas e que por tal motivo acaba dando maior poder ao credor consulente e ao gestor das informações, que são sempre as partes mais fortes da relação, sacrificando a isonomia no consumo e os direitos à personalidade. Conforme se observa de pedaço do mesmo texto:

O propósito dos *bancos de dados* positivos, e ainda em benefício de um agente com poderio desproporcionalmente muito mais forte que o do consumidor, ou do devedor em geral (salvo raríssimas exceções), não justifica que sejam sacrificados direitos da personalidade tão caros. A respeito disso, com argúcia e reconhecido tirocínio jurídico, Gilberto Giacóia nos ilumina com a brilhante lição: “Aliás, ganha cada vez mais importância, como filtro constitucional, regulador dos valores tutelados, o princípio da proporcionalidade que assume, para CANOTILHO, o significado, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias que qualquer limitação deva ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos restringidos. Segundo ele, portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (princípio da justa medida) “significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote ‘cargas coativas’ de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos”. Uma intervenção estatal moderada conforme defluiu do pensamento de Canotilho, pela referência de Gilberto Giacóia, serve para afastar os interesses de segmentos econômicos influentes, que mais e mais, modernamente, fruto de uma globalização emergente, impregnam os Estados .

Convergemos com o autor no sentido de que a isonomia como premissa relativa à igualdade material, sofre forte perturbação pela lei 12.414/2011, muito

embora, repelimos sua tese de que esta se encontre completamente mitigada pelo mesmo diploma legal.

Muito embora seja a isonomia, um dos vetores constitucionais do nosso ordenamento, devendo ser observada em todas as situações que com ela possuam ligação, não se trata de princípio de caráter absoluto, capaz de se sobrepor aos demais princípios, inclusive aqueles que também gozam do status de hierarquia constitucional.

É justamente por tal natureza principiológica, que o mesmo se encontra fadado à coexistência, muitas vezes conflituosa, com os demais princípios do ordenamento. Pois uma vez sendo princípio, o sistema hermenêutico que a ele se aplica difere daqueles aplicados a resoluções dos conflitos de norma. Segundo Humberto Ávila (2012, pp. 41-43) as normas se sujeitam ao modo do tudo ou nada, declarando-se a invalidade de uma delas, ou abrindo uma exceção que exclua a antinomia, enquanto que os princípios colidentes reciprocamente se limitam e coexistem ou não, em busca do cumprimento de seu conteúdo.

Logo, ao apontar, a inconstitucionalidade da lei 12.414/2011, sob o fundamento de que os não cadastrados, ou integrantes do mercado de trabalho informal, encontrariam-se excluídos das listas cadastrais, desfazendo a presunção de boa-fé vigente no ordenamento jurídico, parece submeter o cadastro positivo a uma lógica de tudo ou nada, não aplicável ao caso em tela. Equivoca-se o autor em pensar que, contra aqueles que não possuem cadastro corra presunção de má-fé, ora uma vez que não registrado, caberá ao consumidor o tratamento geral.

Além, Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, pp. 37-38) ensina que a isonomia se encontrará respeitada toda vez que o fator *discrímen* mantenha uma correlação lógica com o benefício garantido pela norma. Ainda complementa:

Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; toda via necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

Ao passo que a lei 12.414/2011, estimula a contratação de crédito por aquele que o utiliza de forma consciente – fornecendo ao credor elementos que o

auxiliem na concessão de crédito responsável – não fere, ao nosso ver a isonomia jurídica, pois atenta à uma realidade de mercado cria duas categorias de consumidor de crédito, visando evitar que aquele consumidor “bom pagador”, pague pelos danos causados pelos inadimplentes habituais. Portanto, vislumbram-se situações fáticas diferenciadas, que justificam um tratamento jurídico diferenciado. Neste sentido, ÁVILA (2012, p. 172) pondera sobre o postulado normativo da igualdade:

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge a conclusão, tão importante quanto menosprezada: Fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito.

Isto posto, persevera a necessidade de averiguação dos fins do legislador quando do momento da edição da lei 12.414/2011, ou seja, os efeitos que o legislador desejava – dentre os quais, pensamos nós, dentro de um contexto de mercado, estar principalmente presente: a redução da taxa de juros. Também figurando como reflexos: estímulo à adimplência, com conseqüente melhora da saúde do mercado de capitais; promoção à circulação de riquezas; e aumento da oferta de crédito.

Logo, a lei não vem exclusivamente para beneficiar os que melhor lidam com o crédito no dia à dia, mas sim, para atender às premissas citadas. Não se premia somente a boa administração do crédito, mas sim, utiliza tal característica em favor do mercado. É natural que num primeiro momento a desigualdade escancare as portas. Entretanto, a lei não utiliza tal favorecimento como um fim em si mesmo, e sim como um meio à promoção da acessibilidade do crédito, de forma direta: para que aqueles com menor poder econômico possam contrair empréstimos com juros remuneratórios com os quais possam arcar.

Neste sentido, Ronald Dworkin (2007, p. 347) defende ao tratar dos testes de aptidão intelectual nas faculdades de direito americanas:

As faculdades de direito atribuem um peso enorme aos testes de aptidão intelectual para admissão. Porém, isso parece adequado não por que os candidatos tenham o direito de serem avaliados desta maneira, mas por que é razoável pensar, que o conjunto da comunidade estará mais bem servido se seus advogados forem inteligentes. Em outras palavras, os padrões intelectuais se justificam não por que premiam os mais inteligentes, mas por que parecem servir a uma política social útil.

É exatamente este o ponto, a legislação utiliza-se de uma modulação da isonomia para favorecer, a longo prazo, todo o mercado. Neste sentido, segundo o postulado da igualdade em análise ao critério diferenciador à lei 12.414/2011 encontra fim plausível e lógico a ser alcançado, sendo portanto, adequado à situação.

Entretanto, ainda falta atender ao postulado da proporcionalidade, apontado por ÁVILA (2012, p. 183):

o postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre outros meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

No que tange às relações entre meio e fim (adequação) ensina ÁVILA (2012, p. 187) que a adequação é um vínculo progressivo e gradual entre um meio e um fim.

Posto isto, tudo aquilo que já foi dito ao abordar o postulado da igualdade, parece atender às necessidades da adequação: as diferenciações estabelecidas pela lei visam um fim maior, não podendo ser interpretado, tal critério diferenciador, como um fim em si mesmo. Além disso, a lei aparenta estar apta a estruturar o fim, a única coisa de que depende é do estímulo e propagação de seu uso. Assim, a lei 12.414/2011 aparenta atender ao primeiro critério da adequação.

Num segundo momento, entretanto é necessário uma análise sobre o postulado da necessidade que nas palavras do autor (ÁVILA, 2012, p. 192-193):

Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Em primeiro lugar, o único meio alternativo à redução de juros que a lei estabelece está igualmente prevista no art. 43 do CDC que estatui os dois tipos de

entidades de cadastro de proteção ao crédito: o cadastro negativo. Que ressalta-se possuir um fim idêntico: redução das taxas de juros, através da vedação do acesso do inadimplente ao crédito – lista-se que existem entidades congêneres que se destinam à cadastrar emitentes de cheques sem fundo, listar títulos protestados, etc, que por possuírem a mesma estrutura lógica de atuação, estão englobadas na definição de cadastro negativo. Entretanto, mesmo com a existência de tais institutos antes da data de edição da lei, ainda experimentamos uma taxa de juros assustadora, o que levou o legislador à tentativa pelo viés da lei 12.414/2011.

Assevera-se, ainda, que o cadastro negativo já configura por si só uma verdadeira rotulagem, pois inscrever alguém no cadastro de inadimplentes essencialmente é rotulá-lo como “devedor de alto risco”, inserido num contexto de preservação do fornecedor de crédito. Logo, se se permite uma rotulagem em malefício, por que não para beneficiar o usuário do crédito? – assim, vê-se que a referida legislação vê-se acobertada pela necessidade, inovando e rompendo com os antigos conceitos de proteção ao crédito.

Por fim, resta a *proporcionalidade em sentido estrito* que consiste num exame comparativo entre a importância da realização do fim preterido pela norma, e a as restrições que ela importa ao direito fundamental. Cita ÁVILA (2012, p. 195):

A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Deste lado, novamente recorre-se aos fins pretendidos pela legislação, vale o crescimento econômico pelas vias da lei 12.414/2011? – Parece-nos que sim, pois muito embora a referida legislação importe em mitigação de parcela das garantias constitucionais, no longo prazo, servirá de instrumento que alavancará a economia nacional. Com a economia em progresso, estimulam-se os progressos sociais e culturais, além do fato de que com a circulação de capitais de uma economia forte, diminuem-se as desigualdades sociais, que também são objeto de previsão constitucional.

Assim, vê-se que a lei 12.414/2011 é constitucional, pois há, genericamente um sopesamento da isonomia e privacidade em prol do desenvolvimento econômico e social, que igualmente se coaduna aos princípios da

ordem econômica e do desenvolvimento social, também assegurados pela Constituição, que não podem ser dissociados no momento da interpretação do referido diploma legal.

4.4 O Art. 5º, da Lei 12.414/2011

O legislador, ao criar a lei 12.414/2011 para regulamentar a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, regulou os direitos básicos do cadastrado, aquele que de fato constitui a essência do banco de dados e cadastro de adimplência, no art. 5º, da lei.

Muito embora o referido art. 5º, repita previsões que já constavam no Código de Defesa do Consumidor, como o acesso aos dados e correção das informações impugnadas, também traz direitos inéditos ao cadastrado, que podem ser utilizados como referencia à matéria de proteção aos dados pessoais, senão vejamos.

4.4.1 Cancelamento do cadastro

O inciso I do art. 5º, aduz que a qualquer momento que desejar o consumidor, pode revogar sua autorização mediante solicitação. Logo a mesma manifestação de vontade que é capaz de criar o cadastro, é igualmente capaz de extinguí-lo. Entretanto, a lei foi omissa ao cuidar de quem deveria receber tal manifestação, ao menos assim aponta BESSA (2011, pp. 107-108):

A lei também não disse expressamente para quem deve ser redigida a manifestação de vontade. Em princípio, por razão lógica deve ser dirigida àqueles que receberam o consentimento informado. Os atores do sistema de proteção ao crédito (gestores, consultentes e fontes) devem, com a edição da lei 12.414/2011, criar mecanismos de difundir entre eles a manifestação de vontade do consumidor, tanto no tocante ao consentimento informado como em relação à respectiva revogação.

Conforme o autor, esse entendimento é reforçado pelos dizeres do art.8º, inciso II, da mesma lei: “São obrigações das fontes: II - comunicar os gestores de bancos de dados acerca de eventual exclusão ou revogação de autorização do cadastrado;” – tal dever de comunicação segundo o autor vale também para o gestor

originário, conforme visto no tópico “deveres do gestor”, o que gera a necessidade de difusão da informação, uma vez que esta se insere no âmbito do banco de dados.

Inclusive é o próprio autor (BESSA, 2011, p. 108) que nos coloca interessante pergunta: e se o consumidor emitir ao fornecedor autorização para o compartilhamento das informações positivas e ao banco de dados manifestação de vontade dirigida à exclusão dos dados?

BESSA (2011, p. 108) coloca-nos sabiamente que:

Deve prevalecer a última manifestação de vontade do consumidor, ou seja, a que possui data mais recente. Como consequência da revogação do consentimento (cancelamento do cadastro), os credores devem cessar imediatamente de alimentar os bancos de dados com as informações de adimplemento. Os bancos de dados por seu turno devem deixar de fornecer tais informações para terceiros (consulentes), apagando os respectivos arquivos.

Naturalmente também é possível ao consumidor revogar a revogação do consentimento, ou seja, mudar de idéia e manifestar seu desejo de que seja novamente formado seu cadastro positivo.

Entendemos contudo, que deve prevalecer a manifestação de vontade negativa, ou seja, aquela dirigida à exclusão ou revogação do cadastro. Tal entendimento provém de que em conflito de atitudes do cadastrado deve prevalecer àquela que melhor atende suas garantias individuais. Conforme se extrai do art. 47 do CDC: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.” – Logo, sendo a parte mais fraca e mais suscetível de um banco de dados cadastrais, pois são suas informações que estão à mostra, caracterizando o consumidor por equiparação do fato do produto ou serviço, neste caso apresenta-se como abuso do direito de reter e compartilhar informações.

Logo uma vez que se oblitera o cadastro de receber informações, o único instrumento jurídico capaz de reabri-lo seria nova solicitação de abertura, do contrário, estar-se-ia pregando que o instrumento de autorização de compartilhamento das informações seria capaz de, por si só, autorizar abertura de cadastro, o que não foi querido pelo legislador, quando estabeleceu para a lei 12.414/2011 o sistema “*opt in*” de entrada, conforme assevera COSTA (2014, p.):

Na maioria dos países, entretanto, o cadastro é feito por opt-out - todos são automaticamente cadastrados e quem não quiser solicita a exclusão. O Brasil, assim como México, Espanha e Inglaterra escolheram a forma opt-in - os consumidores precisam se cadastrar. Se por um lado o opt-in adia a adesão em massa, e com isso os benefícios do programa, por outro, vai ao

encontro da preservação dos direitos do consumidor, que pode não querer ter seus dados armazenados e consultados por empresas.

Desta forma, ao estar permitindo a reabertura do cadastro, via autorização de compartilhamento das informações, parece estar atribuindo a esta, condição que originalmente não possui, visto que ela se destina tão somente ao compartilhamento de informações via cadastro, o que presume cadastro operacional por detrás dela. Uma vez inexistente, não se pode permitir que a ampliação de seus efeitos, sob pena de se contrapor à determinação legal.

4.4.2 Acesso e correção das informações

Necessariamente não se trata de uma inovação legal, salvo a diretriz contida no §3º, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê um prazo de cinco dias (portanto, dois dias menos que o inciso III, do art. 5º, da lei 12.414/2011), para que o arquivista corrija as impugnações à informação, os demais direitos já estavam de certa forma, previstos nos parágrafos do artigo 43. Logo, é direito básico e essencial do cadastrado verificar os dados do cadastrado bem como sua veracidade. O único ponto onde realmente inovou a legislação foi ao estabelecer a gratuidade da consulta quando realizada pelo próprio cadastrado, conforme previsão expressa do art. 5º, inciso II, da lei 12.414/2011. BESSA (2010, pp. 108-109) aponta que tais consultas não se sujeitam a quaisquer limitações temporais. Nesta linha, seria impossível cobrar pela emissão de documento que atestem os dados constantes ao cadastro. Conforme BESSA (2011, p. 110):

A constituição federal, a par de prever o habeas data, estabelece no art.5º, XXXIII, que 'todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Em seguida no inc.XXXIV, está expresso o direito de a obter gratuitamente documento sobre a situação do consumidor: 'são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; '

Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores segundo o art. 43, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, são equiparados a entidades de caráter público, de modo que possibilidades inerentes ao *habeas data*, seriam integralmente aplicáveis à garantir a integridade processual dos dados de que trata a lei 12.414/2011, apresentando-se também como instrumento processual adequado à correção dos dados, em caso de recusa da entidade cadastral.

Inclusive em matéria correcional, o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor foi ratificado pelo art. 5º, inciso III, da lei 12.414/2011, e via de regra não depende de forma. BESSA (2011, p. 111) aponta que “embora óbvio, acentue-se que a correção deve se referir necessariamente a dados pessoais: não é possível pretender a correção de informações relativas a outras pessoas” – com o que concordamos, pois trata-se de ato jurídico que não pode ultrapassar os limites do agente.

Isso demonstra que as informações que chegam ao cadastro de adimplentes possuem presunção relativa de veracidade, que podem ser afastadas pela impugnação do cadastrado. Nesse sentido BESSA (2011, p. 112):

Em princípio, até prova em contrário, deve-se atender ao requerimento do consumidor e promover a correção exigida. Como é o próprio consumidor a pessoa que mais possui informações sobre si própria, sua contestação quanto a exatidão dos registros deve ser levada a sério, até que a fonte indique elementos que demonstrem o contrário do alegado.

Verifica-se que o melhor caminho a ser seguido é aquele que opta pelo respeito à privacidade do cadastrado e reconhece a potencialidade danosa dos dados contidos em arquivos de consumo.

Uma vez impugnada, nascerá para o banco de dados a necessidade de apurar a correção em face da necessidade de atendimento de um dos princípios informadores deste: a segurança da informação. Obviamente que não se deseja uma ditadura do consumidor, mas uma vez que verossímil suas alegações, deve a entidade cadastral utilizar seus próprios meios de apuração, para buscar a verdade dos fatos, pois se lembra que estas estão englobadas pelo risco assumido pela pessoa jurídica ao explorar esta atividade econômica.

4.4.3 Elementos para análise de riscos

Como já abordado, não só o cadastro de adimplentes, mas toda e qualquer classificação se destina a um fim, sem o qual, a classificação perde a utilidade. Logo uma vez desvirtuada, não se concebe mais esta classificação. No caso dos bancos de dados e cadastro de adimplentes tal fim consubstancia-se no provimento e abastecimento do mercado com informações que subsidiem a concessão de crédito. Tal informação só pode existir se for objetiva e estritamente necessária à análise do risco de emprestar.

Nada impede, no entanto, que o banco de dados emita parecer sobre os riscos de um negócio específico. Ao menos é isso que se extrai do inciso IV, do art. 5º, da lei 12.414/2011: “São direitos do cadastrado: IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;” – interpretado por BESSA (2011, pp. 114-115) no sentido de que: “nada impede, todavia, que o banco de dados – e não o consulente – faça uma avaliação de risco, mas é fundamental que os critérios da análise de risco sejam divulgados”.

Parece claro que o legislador inteligentemente optou por classificar a avaliação feita pelo banco de dados como informação objetiva, o que possibilita a impugnação pelo cadastrado, de forma que este consiga utilizar-se dos diversos instrumentos da lei 12.414/2011 e conseqüentemente do próprio *habeas data* para pleitear uma classificação mais justa.

4.4.4 Qualificação do *banco de dados*

Inovou o legislador brasileiro ao estabelecer que ao cadastrado deva ser informado, obrigatoriamente no ato de emissão da permissão de abertura de cadastro, sobre a maneira como as informações serão guardadas, prováveis redundâncias em servidores de terceiros, bem como permutas ou posterior remetimento, além da identificação da pessoa jurídica que mantém o cadastro.

A preocupação do legislador foi subsidiar o cadastrado com informações que viabilizem eventual resolução pelos meios judiciais.

4.4.5 Revisão de decisões automatizadas

O inciso VI, do artigo 5º, da lei 12.414/2011, foi inspirado na diretiva nº 95/46 do Conselho Europeu, que no art. 15 dispõe sobre as obrigações dos Estados membros:

(15) Considerando que o tratamento desses dados só é abrangido pela presente directiva se for automatizado ou se os dados tratados estiverem contidos ou se destinarem a ficheiros estruturados segundo critérios específicos relativos às pessoas, a fim de permitir um acesso fácil aos dados pessoais em causa;

Tal vedação vem em face de grande oferta de empréstimos de valor considerável que podem ser feitos utilizando um simples caixa eletrônico fruto de uma tendência à automatização (barateando os custos) que contamina todos os setores atuais, desde a fabricação de produtos até a prestação de serviços.

Logo, caso o cadastrado tenha empréstimo negado por sistema automático, desde que tal negativa não encontre fundamento no histórico de crédito, vez que a percepção digital não considera à realidade, somente a sua probabilidade. Logo, toda vez que a negação fundamentar-se exclusivamente no histórico de crédito, pode o cadastrado pedir reavaliação por parte do consulente.

4.5 Possibilidade de Cadastro da Pessoa Jurídica

O art. 1º, (citado no item 1.1) de forma explícita menciona em seu texto “de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas”. Que também recebe tratamento no corpo do CDC – arts. 1º, 17 e 29 – o que reforça a tese do diálogo das fontes entre as legislações. No caso do CDC, a proteção à pessoa jurídica decorre de interpretação do artigo 29, bastando que esteja configurada a sua vulnerabilidade, conforme nos aduz novamente Leonardo Roscoe Bessa (2003) *apud* Leonardo Roscoe Bessa (2011, pp. 78-79):

Em relação às pessoas jurídicas, sustenta-se doutrinariamente que, para haver a incidência do CDC, deve-se perquirir, no caso concreto, a vulnerabilidade. Mas não há dúvida de que tal vulnerabilidade está presente, como já destacado em outra oportunidade: ‘Neste setor, evidencia-se uma vulnerabilidade de qualquer pessoa (física ou jurídica) que, potencialmente possa vir a ter registro de informações negativas nos bancos de dados’.

Neste caso, e, convergindo com Bessa – parece-nos que neste caso a vulnerabilidade é explícita e geral, independentemente de ser o cadastrado, pessoa física ou jurídica, bastando que potencialmente possa consumir crédito. A vulnerabilidade não se encontra propriamente na superioridade técnica do banco de dados, mas sim no poder da informação potencialmente lesiva, que uma vez propagada pode dificultar o acesso ao crédito, encarecendo-o e prejudicando o desenvolvimento de suas atividades.

4.6 Consulente

4.6.1 Conceito

O termo utilizado pela lei provém do latim *consulens*: “o que consulta”. Como a própria etimologia da palavra sugere, acesso às informações concernentes a um cadastrado. Ressalta-se que qualquer um pode ser consulente, mesmo que tenha desempenhado, papel de fonte, cadastrado, etc.

Importante ressaltar que a lei estabelece que o consulente deva dispor de legítimo interesse, diante de uma necessidade fática. Qualquer acesso para fins não objetivados pela lei no art. 7º, (o qual citamos também o motivo 2 da Diretiva 96/45 Do Parlamento Europeu, retro transcrito) gera desrespeito à privacidade do cadastrado e possibilidade de reparação civil objetiva pelos danos causados.

5 FONTE

5.1 Conceito

A lei elenca como “fonte” os comerciantes que podem realizar vendas a prazo ou conceder crédito, ou ainda realizar atividades que impliquem em risco financeiro. Há que se perceber que claramente a lei associa o conceito de fonte, aos sujeitos que podem ofertar a informação (nada mais correto, afinal fonte é da onde surge algo), contudo, não se limita, aos sujeitos profissionalizados, deixando ao bel prazer de qualquer credor, fornecer informações relativas aos adimplementos, ainda quando se tratar de relação entre pessoas físicas. A rigor qualquer pessoa que de quaisquer formas possua dados lícitos sobre um cadastrado pode ser fonte (tais

como, bancários, lojas que realizam crediário, ou até mesmo outros bancos de dados) sendo que via de regra a fonte é a pessoa do credor de uma relação jurídica.

5.2 Obrigações Da Fonte

Como aduzido, a lei privilegia o direito de privacidade regulamentando a informação constante no banco de dados, em diversos momentos é alvo da proteção oferecida pelo texto legal, outras vezes o legislador protege o cadastrado limitando a atuação daquele que tem o poder de formar seu histórico. Tais restrições concentram-se nos incisos do art. 8º, que instituem diversas obrigações às fontes, visando a seguridade da informação e, por via reflexa, protegendo o cadastrado de abusos.

5.2.1 Manutenção dos registros

A primeira das obrigações da fonte é a manutenção dos registros, que originaram a informação repassada aos cadastros, instituindo a obrigação de “backup” dos documentos originários que dão azo às informações. A lei se fundamenta na necessidade probatória já que o consumidor deve autorizar a criação do cadastro, conforme apontamos em momento passado. Atenta-se que tal documento não possui sigilo “*ope legis*”, conforme completa BESSA (2011, p. 126):

Este documento não está sob sigilo. Ao contrário, como já destacado, a manifestação de vontade do consumidor precisa ser divulgada entre os atores dos sistemas de proteção ao crédito, já que, quando se autoriza para um fornecedor (fonte), o tratamento de informações positivas (histórico de crédito), tal consentimento é automático para os demais

Em que pese os comentários do autor apontamos a necessidade de cláusula expressa que preveja a possibilidade de compartilhamento da informação, visto que a reforma do Código de Defesa do Consumidor, passou a prever no art.72 – A cominação de pena de reclusão de um a quatro anos para aquele que:

Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Inclusive, tal prática (de partilhar dados) é vedada pelo art. 9º, da lei 12.414/2011, que estabelece igualmente a necessidade de autorização expressa do compartilhamento.

Atenta-se que em virtude de tal cláusula que vise permitir o compartilhamento de informações representarem uma contratação que limita o direito de privacidade do consumidor, sendo que este, ao concordar com o compartilhamento não possui condições de negociar a extensão ou profundidade deste, faz que tal cláusula se amolde ao art. 54, §4º, veja-se:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
§ 4º, As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

A própria doutrina reforça a idéia, na figura de PEIXOTO (2000, p):

Define-se o contrato de adesão como o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos da relação sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.
O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja preconstruído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos.

Logo, sendo impossível o fracionamento do consentimento, pois ao determinar a profundidade ou extensão das informações, o cadastrado estaria ferindo o direito à segurança da informação, desvirtuando a confiança que se espera ter de tal entidade. Assim, não podendo propriamente negociar o contrato, a única opção que sobra é a adesão ao modelo fornecido, então plausível a interpretação conjunta do art. 54, em diálogo das fontes com a lei 12.414/2011.

5.2.2 Revogação e correção dos registros

Assim como visto no tópico do art. 5º, da lei 12.414/2011, é possível dar o consentimento à transmissão dos dados, autorizando tanto à criação do cadastro quanto a disseminação do seu conteúdo. Assim, uma vez emanada a vontade de criar, também é possível revogá-la a qualquer tempo. O inciso II do art. 8º, expressamente neste sentido, privilegia novamente, a segurança da informação, pois incumbindo à fonte, um dever de comunicação: “São obrigações das fontes: II - comunicar os gestores de bancos de dados acerca de eventual exclusão ou revogação de autorização do cadastrado”.

O banco por sua vez deverá informar os demais credores e bancos de dados para os quais tenha repassado a informação, sob o mesmo argumento utilizado anteriormente, a segurança das informações deve ser assegurada. Ao contrário, se assim não fosse, haveria fragmentação da consistência destas, o que não pode ser permitido pela lei.

Perceba que a lei diferencia exclusão de revogação. A revogação é o desejo manifesto de que o cadastrado não deseja mais autorizar a anotação de dados em seu cadastro sem, no entanto, extingui-lo, tal qual uma suspensão das anotações – que lembre-se, devido ao princípio da consistência da informação e da vedação à exclusividade de fontes (objeto de estudo do próximo capítulo) tal revogação compreenderá todas as fontes, e não somente à qual a revogação foi recebida. Já a exclusão, como se deduz, seria um passo além da revogação, exigindo que seus dados sejam permanentemente apagados do sistema.

O cadastrado pode, também, exigir que a fonte corrija os dados impugnados, dispondo o credor do prazo de dois dias para fazê-lo. Conforme assevera BESSA (2011, p. 125):

em regra, o maior interesse do cadastrado seria a correção diretamente no banco de dados, pois este rapidamente difunde para todo o mercado, mas isso não retira o legítimo interesse do consumidor de exigir da fonte a correção de determinados dados.

Logo com o vislumbre legal desta possibilidade, vincula-se à fonte um dever de preocupar-se com os dados angariados, visto que quaisquer informações que não condizem com a realidade possuem possibilidade de responsabilização objetiva, conforme preleção do art. 16 da lei 12.414/2011. Ao instituir esta obrigação, o legislador deseja tanto a proteção à privacidade do cadastrado quanto à

seguridade da informação, num dos raros momentos onde se conciliam os interesses de informar com os de resguardar a privacidade.

5.2.3 Alimentação dos *bancos de dados*

Primeira consideração a se fazer é que a fonte deve manter registro adequado dos repasses de informações aos gestores de banco de dados, prevista no inciso V, do art. 8º: “V - manter os registros adequados para verificar informações enviadas aos gestores de bancos de dados;”, tal idéia visa possibilitar o rastreamento da informação, face às possibilidades de responsabilização civil, e exclusão do cadastro.

O prazo a que se refere o inciso IV do art. 8º, de sete dias, refere-se ao repasse de informações periódicas acerca do adimplemento. Obviamente tal prazo deve ser contado da data efetiva do pagamento, muito embora BESSA (2011, p. 127) defenda que tais informações devam ser repassadas: “até sete dias após o vencimento da obrigação, o credor deve encaminhar comunicação ao banco de dados”.

Em que pese a opinião do autor, há que se pensar que o cadastro positivo é formado pelo histórico de crédito, assim compreendido como detalhamento da vida financeira do consumidor. Assim muito embora não se possa ter informações negativas no cadastro de adimplentes, mas se suporte a constância de informações de não pagamento desde que não superiores ao prazo de nova incidência (que será abordada no item referente à anotação, quando falar-se da qualidade da informação), é compatível com o sistema de cadastro positivo, visto que se trata de fator que beneficiaria o seu histórico, tal qual o pagamento adiantado de uma prestação beneficiaria, além do que tal informação agiria privilegiando o princípio da segurança da informação, apontando com a maior exatidão possível a data do pagamento.

Portanto, não se vislumbra óbices legais ao imediato envio da informação de pagamento, independente do prazo de vencimento, visto o claro benefício ao cadastrado e ao mercado de crédito.

Outra vedação de que tratou a lei, foi a exclusividade de fontes conforme consta do art. 8º, inciso VI, abaixo transcrito:

Art. 8º, São obrigações das fontes:

VI - fornecer informações sobre o cadastrado, em bases não discriminatórias, a todos os gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados.

Trata-se de proibição que veda cláusulas contratuais no sentido de deveres de exclusividade ainda que contratuais entre gestor e fonte. Reforçada pelo parágrafo único do art. 8º:

Parágrafo único. É vedado às fontes estabelecerem políticas ou realizarem operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão a banco de dados de informações de cadastrados que tenham autorizado a anotação de seus dados em bancos de dados.

Percebe-se que o legislador desejou ser bem claro, de forma a não deixar dúvidas sobre quais práticas figurem como favorecimento a determinado banco de dados pela fonte, pois o parágrafo único supracitado estabelece vedações a condutas que essencialmente constituem favorecimentos exclusivos a determinadas fontes.

Tais vedações, segundo BESSA (2011, p. 128) vêm privilegiar a livre concorrência entre os *bancos de dados* e Cadastro, de modo que tal proteção é a que deve vigorar vedando-se práticas correlatas que estabeleçam algum tipo de privilégio à determinado *banco de dados* de adimplentes.

6 INFORMAÇÕES

6.1 Conceito de Histórico de Crédito e a sua Relação com a Economia Comportamental

Segundo o inciso VII, do artigo 2º, da lei 12.414/2011, integram o histórico de crédito todos os dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento vencidas ou vincendas. Além disso, tais informações deverão conter o valor emprestado, o valor da prestação, o saldo devedor, o valor das parcelas inadimplidas (se houverem), para que o consulente verifique a parcela de comprometimento da renda do consumidor e sua capacidade de pagamento.

Com tais mecanismos, o consulente possui melhores meios de avaliação do risco e conseqüentemente é mais responsável ao conceder o crédito, evitando conceder crédito a cadastrado superendividado, com os conseqüentes riscos do não recebimento, ao mesmo tempo que mantém a saúde do mercado de crédito.

Segundo OLIVEIRA e FERREIRA (2012, pp. 15-17), a economia comportamental a *contrario senso* do que ocorre com a teoria finalista clássica da economia (sob a qual se sustenta a visão econômica “pura” do direito) que estuda o homem levando em consideração somente as sua vontade de acumular capital, visa estudar o homem o *homo economicus* segundo o seu comportamento real e efetivo na sociedade, cometendo erros, influenciados por impulsões, preferências, ou obediência – muito semelhante à visão de consumidor adotada pelo Código de defesa do consumidor.

Portanto, uma vez sendo o cadastrado, consumidor, é possível utilizar os dados do histórico para a criação de um perfil que aponte os principais erros no consumo (como por exemplo, o excesso de confiança nas próprias capacidades), que possuem dupla funcionalidade, quando considerados somente para a pessoa do cadastrado, pode revelar suas mazelas pessoais, e direcioná-lo ao consumo consciente; e quando coletivamente considerados, podem dar a leitura do mercado de capitais, auxiliando na prevenção de crises na mesma proporção que identifica as mazelas do mercado.

6.2 Anotação

6.2.1 Conceito e limites

Em essência, seguindo o contexto legal, anotação seria o registro de um evento onde se adicionem informações que passam a integrar o histórico de crédito do cadastrado. Logo não seria “anotação” o mero registro por inadimplência em cadastro negativo e sim o próprio histórico da dívida.

Basicamente “anotação” é o termo que a lei utiliza para designar o procedimento de inserção da informação dentro do ambiente do banco de dados.

Segundo o art. 3º, da lei 12.414/2011, somente poderá ser objeto de anotação para fins de formação do histórico de crédito a informação de

adimplemento do cadastrado, veja-se: “Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei”.

No §2º, a lei destina-se às considerações sobre informações, as quais serão tecidas apropriadamente em momento específico, e pouco abaixo, no parágrafo 3º, define que “ficam proibidas as anotações de: I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor” – Portanto, ao se referir desta forma à “anotação”, parece denotar um caráter procedimental do instituto, ou seja, um meio para um fim.

Também, o supracitado artigo de lei desta vez no §1º, que somente serão anotadas as informações claras, objetivas, verdadeiras e de fácil compreensão, além de necessárias, à avaliação da situação do consumidor, é absolutamente proibida a informação que conter qualquer tipo de juízo de valor subjetivo dos dados do cadastrado.

Segundo ainda BESSA (2011, p. 91), a expressão “sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado” referindo-se às informações constantes no banco de dados, é o delimitador da privacidade do consumidor. Atentando-nos ainda que as interpretações dadas a este artigo devam ser iluminadas pelo artigo 6º, da diretiva 95/46 da União Europeia, que estabelece os princípios relativos à qualidade dos dados segundo o qual, as informações devem ser exatas e constantemente atualizadas, sendo recolhidas para “finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratadas de forma incompatível com essas finalidades”, sendo, conforme a alínea “c” – “Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente;”

As informações deverão ser também verdadeiras – como desdobramento dos princípios da boa-fé e da veracidade (EFING, 2002, pp. 86-94) – mas, além disso, devem ser exatas e precisas. Percebe-se que tal exatidão decorre do próprio direito à privacidade tutelado quando em contraste com a veracidade que se espera de um órgão cujo dever é informar. Caso as informações armazenadas não sejam precisas, tem-se dupla lesão: uma à privacidade do cadastrado e outra sobre o direito de informar, visto que tal informação que não possui condições de subsidiar devidamente o risco da concessão de crédito – que lembra-se ser finalidade que legitima a existência de tal órgão – ferindo por última o consulente

que empresta enganado acerca das reais condições que cercam o crédito concedido em claro ataque à boa-fé consubstanciada na justa expectativa do consulente, quando na consulta ao Banco de dados positivo.

Bessa também aponta que as informações incompletas se equiparam, para todos os fins, às inverídicas, no mesmo sentido, EFING (2002, p. 131) que afirma que: “dados verazes, assim dizendo, são aqueles que representam os fatos justamente como ocorreram, sem distorções” – A informação incompleta não se presta a descrever como um fato ocorreu, permitindo uma presunção infundada em fatos, o que novamente desvirtua o fim do instituto organizado pela lei, que é trazer segurança à relação jurídica com o objetivo de fornecimento de crédito.

As informações da mesma forma precisam ser objetivas e devem se limitar à sua finalidade de instrução da relação de consumo (EFING, 2002, p. 180), ou seja, desprovidas de juízos de valor, ou quaisquer circunstâncias que não se destinem à subsidiar a relação com informações. O único que pode emitir juízo de valor sobre tais dados, via de regra, é o consulente.

Devem ser também escritas com linguagem de fácil compreensão, não se restringindo somente a obrigação do cadastro de ser escrito na língua pátria, mas também vedando a utilização de símbolos e caracteres incompreensíveis por agentes externos.

6.3 Qualidade da Informação

Neste capítulo retomaremos a discussão sobre o histórico de crédito, pois este é composto pelas informações que podem ser anexadas (leia-se: anotadas), assim, é o artigo 3º, que explica como o banco de dados pode funcionar.

Art. 3º, Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações:

I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;

II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;

III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e

IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações 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.

Perceba-se que o *caput* do artigo 3º, é bem claro ao dizer “informações de adimplemento”, ou seja, para constar no cadastro positivo em questão, basta que ocorra o pagamento, ainda que parcial da obrigação. Tal informação se obtém da leitura do art. 2º, do decreto nº 7.829, de 17 de outubro de 2012, que regulamenta a lei 12.414/2011, e pela leitura do art.3º, inciso IV, respectivamente:

Art. 2º, O histórico de crédito do cadastrado é composto pelo conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento, adimplidas ou em andamento, necessárias para avaliar o risco financeiro do cadastrado.”

Art. 3º, Para os fins deste Decreto, o conjunto de dados financeiros e de pagamentos é composto por:

[...]

IV - valores pagos, mesmo que parciais, das prestações ou obrigações, indicadas as datas de pagamento.

Logo, para todos os efeitos poderão ser incorporadas as informações relativas aos pagamentos parciais, ou ainda valores não pagos integralmente até o vencimento, desde que devidamente justificados.

Apona-se a possibilidade de mesmo que sem justificativa do não pagamento, a dívida não paga possa constar no cadastro de adimplemento, desde que por curto período posterior ao vencimento, e não superior à incidência de uma nova prestação. Tal entendimento se justifica pela letra dos próprios artigos citados, que são bem claros ao disporem “adimplemento”. Dentro de tal período, não há que falar-se em inadimplemento, o instituto jurídico em questão é tão somente a mora, cujos efeitos (multa, juros de mora e correção monetária) não são suficientes para apontar não pagamento.

Deve-se levar em consideração que o cadastro visa fomentar o consumo e o consumidor é em regra o trabalhador assalariado que se sujeita aos atrasos no pagamento do salário, às greves das instituições bancárias e até mesmo ao esquecimento esporádico face às demais obrigações. Deste modo, não faz

sentido que o histórico de crédito receba uma anotação de inadimplemento por mora ocorrida num prazo tão curto, de forma que se assim fosse, estar-se-ia desrespeitando o *means legis*, que claramente diz “adimplemento”.

Assim, deve ser adotado o entendimento que beneficia o cadastrado, mas não seja tão amplo a ponto de estimular a mora dos devedores que se utilizarem deste sistema. Assim deverá não ultrapassar o período suficiente a incidir nova prestação, constando, obviamente o atraso no pagamento da parcela, de forma que não se inverta a finalidade do instituto criado pela lei 12.414/2011.

6.3.1 Informações sensíveis

BESSA (2011, pp. 96-97), que define informações sensíveis como aquelas pertinentes “à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” – novamente, não significa dizer que não são informações relevantes à mensuração do risco de emprestar, mas aqui, o legislador entende haver uma desproporção entre fins e meios, num ambientes onde outros tipos de informações são muito mais eficientes e principalmente, entre fins e meios.

6.3.2 Informações excessivas

Conforme traz BESSA (2011, pp. 93-95), são aquelas informações que se maculam na quantidade, indo além do necessário para informar a análise de risco de crédito. Muito embora a lei frise as informações de adimplemento como objeto principal do banco de dados, este não é o único a formar o histórico de crédito – como, por exemplo, o nome dos pais, esfera patrimonial, etc. Com tantas informações que podem ser relevantes, a análise do crédito deve-se ater àquelas que se restrinjam ao histórico de crédito, que traduza o risco de emprestar, não àquelas atinentes ao patrimônio atual ou futuro que possa garantir a dívida. No máximo, o que se vislumbra com o patrimônio de uma pessoa, é o sucesso de futura ação de cobrança/execução da dívida, e não propriamente o risco de pagamento.

6.4 Prescrição da Informação

Muito embora, o Código de Defesa do Consumidor preveja prazo menor à prescrição das informações, no artigo 43, optou o legislador, na edição da lei 12.414/2011, ao estabelecer o artigo 14, lapso temporal mais extenso, permitindo que informações constem nos registros do arquivo por períodos não superiores a 15 anos.

Em que pese a prática financeira, por vezes exigir prazos até maiores de financiamento, como por exemplo, o financiamento imobiliário que por vezes pode atingir até mesmo 30 anos – sendo que destes 30 anos, somente poderiam ser contadas as informações que não excedessem 15 anos de validade.

Entretanto, novamente questionamentos são levantados por Leonardo Roscoe Bessa. (2011, p. 141):

questão mais complexa e que deveria ter sido notada pelo legislador é a seguinte: o que fazer se, em meio ao registro de informações positivas, o consumidor deixou de pagar algumas prestações antigas (vencidas há sete anos, por exemplo)? É possível manter o registro desse inadimplemento (informação negativa)? Como fica o limite temporal de cinco anos do CDC (art. 43º, §1º,) para informações negativas?

Questões que nos propomos a responder. Muito embora pertinentes as questões do ilustríssimo doutrinador, deixa de atentar-se que informações positivas e negativas diferem em tratamento. O legislador estabeleceu um órgão específico a cada qual. Logo o cadastro positivo não pode tomar para si, às vezes de cadastro negativo, pois utilizar o cadastro positivo como forma de registro de inadimplências é violar a boa-fé do cadastrado atraído pelo status de “positividade” atribuído pelo cadastro.

Mas surge então outra dúvida: como realizar uma anotação de inadimplência? – no cadastro de adimplentes é impossível, pois, estar-se-ia desvirtuando o seu fim de listar os bons pagadores. Se uma prestação não for paga, não poderá constar nenhuma informação além do status de “atraso”, o que muito embora permita uma presunção do não pagamento, parece ser a mais arrazoada ao caso em tela, visto que palavra inadimplência é essencialmente informação negativa, que não encontra fundamento no *banco de dados* positivo.

Para retirar tal informação do cadastro, será necessária a impetração de remédio constitucional em ação autônoma, que para esta situação deverá ser o

mandado de segurança ao invés do *habeas data*, onde se justifica tal afirmação com a citação do inciso LXIX, do art. 5º, do próprio Texto Magno:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Logo, tal instrumento processual mostra-se como mais adequado para o caso em tela, em que o direito líquido e certo sob o fundamento de que o Cadastro Positivo não pode figurar como Cadastro Negativo às avessas, bem como a prescrição de informação negativa em cinco anos (conforme preconiza o art. 43, §1º, do CDC) não aparece abrangido pelo manto do *habeas data*, conforme já abordado no presente trabalho, o *habeas data* se restringe à:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Assim, tal *habeas data*, carecerá de possibilidade jurídica devido à manifesta inépcia do instrumento processual utilizado. No demais, como já abordado no primeiro capítulo, as entidades cadastrais positivas, bem como as negativas, possuem caráter público – logo, não sobram dúvidas ao cabimento do remédio constitucional ao presente conflito, no sentido de expropriar as informações negativas do cadastro positivo, após o lapso temporal de cinco anos.

Em que pese a nossa posição contrária à de BESSA, com ele concordamos que 15 anos é prazo demasiado extenso (2011, p.141). Tal prazo de é invasivo à esfera do cadastrado, ferindo-lhe o “*right to be let alone*” deixando-o demasiadamente exposto aos credores. Reforça-se que tais dados sequer serão levados em conta ao avaliar o risco de concessão de empréstimo ao cadastrado, pois em geral este limita ao passado recente do cadastrado.

7 CONCLUSÃO

A legislação tema do presente trabalho apresenta-se como instrumento de benefício e estímulo ao crédito, concebido dentro de uma lógica econômica visando a redução da taxa de juros de todo o mercado, possibilitando o acesso democrático ao crédito, visando o estabelecimento de taxas de juros personalizadas.

A lei 12.414/2011 traz as mais diversas inovações ao sistema jurídico brasileiro, introduzindo as mais modernas teorias dentro do ordenamento. Tal qual a possibilidade expressa da utilização da “teoria do diálogo das fontes”, como forma de resolução de conflitos e vetor de interpretação da nova lei.

Percebe-se que, muito embora a legislação possua caráter eminentemente econômico, a todo momento há preocupação legal com a figura mais suscetível da relação cadastral, o cadastrado. Em diversos momentos a lei atribui aos autores a necessidade de proteção à figura do cadastrado, principalmente através do gestor, cujas ações são orientadas sempre à: proteção da figura do cadastrado.

Os deveres de informação para a pessoa do cadastrado, bem como as diversas imposições legais no sentido do cumprimento das requisições por parte deste , se apresentam como pontos positivos da lei 12.414/2011, gerando obrigações que equilibram a relação jurídica do cadastrado com os demais integrantes.

Tudo isso dentro de um sistema de responsabilidade civil extenso, que utiliza-se do viés repressivo do instituto, para assegurar o cumprimento das obrigações de cada parte, visto que os ilícitos do banco de dados cadastrais se inserem numa lógica protetiva do cadastrado, visto o caráter volátil dos direitos tutelados.

No capítulo destinado ao cadastrado e consulente, visou-se rebater as críticas sobre a inconstitucionalidade do instituto, onde analisamos a aplicação da “teoria geral dos princípios”, demonstrando a pouca razoabilidade da fundamentação teórica que acusa a inconstitucionalidade do instituto, haja vista que a lei 12.414/2011 não atenta contra os princípios da isonomia, nem da violação de privacidade, conforme os entendimentos modernos em relação à proteção dos dados pessoais.

O ponto alto da lei 12.414/2011 foi estabelecer ao cadastrado direitos potestativos de correção e exclusão do cadastro, internalizando a tendência

internacional da proteção aos dados pessoais como direito inerente à personalidade humana, ratificando o status constitucional do instituto.

A legislação também foi suficiente em relação às obrigações da fonte, pregando um tratamento responsável e condizente com a necessidade da segurança da informação, ao torná-la responsável solidariamente por qualquer problema que mantenha nexos causal com suas atividades, o que impõe não só a ela, a necessidade de zelo mútuo com o cadastrado e por conseguinte a segurança da informação.

Por fim a análise relativa às informações coletadas se destinou a delimitar as vedações relativas às informações que trazem reflexos práticos importantíssimos à privacidade do cadastrado e por via reflexa, contribui para manter a qualidade e certeza de informações ao mercado.

A crítica neste ponto é relativa ao prazo prescricional das informações que se sujeita o cadastrado. Ao estabelecer 15 anos para a prescrição a lei não se adequou à realidade de mercado, pois na prática é bem difícil que se leve em consideração informações que ocorreram a pouco mais de cinco anos. Assim, se o cadastrado desejar a retirada daquela informação do âmbito do cadastro, deve impetrar mandado de segurança visando garantir que sua privacidade, entendida como “right to be let alone” não sofra mais prejuízos.

8 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RABELO, Carolina. **Experiência internacional do cadastro positivo**. Disponível em:-

<<http://economia.ig.com.br/a+experiencia+internacional+do+cadastro+positivo/a1597190896663.html>>. Acesso em 12 de outubro 2015;

SCHERAIBER, Ciro Expedito. Em: **Os bancos de dados positivos e o Direito do Consumidor**. P. 6-8. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24797-24799-1-PB.pdf>>.

Acesso em: 25 de novembro de 2015;

COSTA, Rodrigo Azevedo da. Em: **Aspectos jurídicos do cadastro positivo**.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31270/aspectos-juridicos-do-cadastro-positivo#ixzz3pbTm68BB>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015:

BRASIL. **Lei n°, 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

BRASIL. **Lei n°, 12.414 de 9 de junho de 2011**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>.

BRASIL. **Projeto De Lei Do Senado N°,281, DE 2012**, Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112481&tp=1>>. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo: comentários à lei 12.414, de 09 de junho de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Revista de direito do consumidor – Bancos de dados de proteção ao crédito: contornos jurídicos do compartilhamento de informações.** Ano 23. Vol. 95. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria do Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 13º, ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2º, ed. São Paulo. Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3º Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Revista de Direito do Consumidor - Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo código Civil: do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas.** Ano 12. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FILHO, Roberto Freitas. LIMA, Thalita Moraes. **Revista de Direito do Consumidor - Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor.** Ano 22. Volume 87. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** 2º, edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25º, edição. São Paulo. Malheiros Editores Ltda, 2005.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7º, edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Revista de Direito do Consumidor – Comentários ao Dec. 7.829/2012**. Ano 21. Vol. 84. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Laura Schertel. **Revista de Direito do Consumidor – O direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Ano 20. Vol. 79. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Laura Schertel. **Revista de Direito do Consumidor – O direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais**. Ano 23. Vol. 95. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRUNDMAN, Stefan. **Revista de Direito do Consumidor – A proteção funcional do consumidor – Novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes**. Traduzido por MENDES, Laura Schertel. Ano 24. Vol. 101. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAFFEI, Brenda Luciana. **Revista de Direito do consumidor – Fontes internacionais no direito contratual brasileiro na era da desordem: uma possível solução dos conflitos pelo diálogo das fontes?**. Ano 20. Vol. 78. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BORGES, Gustavo Silveira. **Revista de Direito do Consumidor – Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinariedade**. Ano 21. Vol. 84. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. **Revista de Direito do Consumidor – Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão – uma abordagem a partir da economia comportamental**. Ano 21. Vol. 81. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Cláusulas abusivas nos contratos de adesão. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível

em: <<http://jus.com.br/artigos/708>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

SILVA, Michael César Silva. MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. **Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no direito contratual contemporâneo: uma releitura na perspectiva civil-constitucional.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/274-artigos-abr-2011/6568-lineamentos-do-principio-da-boa-fe-objetiva-no-direito-contratual-contemporaneo-uma-releitura-na-perspectiva-civil-constitucional>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale).** Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi4_vWkh5TMAhVChZAKHV26AFEQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.seer.ufrgs.br%2Fppgdir%2Farticle%2Fdownload%2F49203%2F30834&usq=AFQjCNGtt6mFwdCh7BhLclZdpx8nAUBEQ&sig2=v0rizkTioAj7N-8waWmncw&bvm=bv.119745492,d.Y2l&cad=rja> Acesso em: 16 abr. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil.** 7ª edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

STROPPIA, Tatiana. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística.** 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça Recurso Especial: 651443. DF, Relator: SCARTEZZINI, Jorge. Publicado no DJ 06/12/2004. p. 335. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7240500/recurso-especial-resp-651443-ba-2004-0046673-7/inteiro-teor-12999338>> Acesso em: 20 de abr. 2016

DIRETIVA: União Européia. Diretiva n° 95/46/CE. Parlamento Europeu e Conselho da Europa. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 20 de out. 2015.