

BANCO E CADASTRO DE DADOS DE CONSUMIDORES: LIMITES E REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Renato Tinti HERBELLA¹

RESUMO: Em uma sociedade de consumo organizada sob a perspectiva capitalista, é praticamente impossível não considerar a existência de mecanismos que buscam trazer maiores informações para as partes envolvidas nas relações consumeristas. Dentro deste cenário surgem os bancos e cadastros de informações de consumo. Dependendo das informações armazenadas, a possibilidade de lesão a direitos fundamentais é evidente. Desta forma, buscou-se com a presente pesquisa abordar as características destes armazenamentos, bem como estabelecer seus limites, notadamente no tocante à troca de informações entre fornecedores. Para tanto, foi utilizado como fundamento legal além do texto constitucional e o CDC, as novas legislações que buscam garantir maior proteção às informações e às relações de consumo, como o Marco Civil da *Internet*. Por fim, foi destacada a importância em fixar indenizações proporcionais às violações de direitos fundamentais, demonstrando a necessária e relevante observação do caráter pedagógico destas, evitando-se, assim, novas lesões ao direito de privacidade e intimidade.

Palavras-chave: Banco de Dados de Consumo. Direito à Privacidade. Defesa do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

"Sociedade do consumo", "Era da informação", "publico x privado", "consumismo", enfim, inúmeras designações e questionamentos exsurgem quando se aborda o atual modelo capitalista sistematizado com o (des)necessário consumo pelo consumo.

Evidente que a amplitude da expressão consumo é enorme, pois, a todo momento está se consumindo algo, material ou imaterial, sendo inimaginável na atual conjuntura social uma vida sem ele.

Assim, se torna praticamente impossível, apesar de inúmeras tentativas, designar o que seria o consumo consciente, vez que o consumo é mais

¹ Docente assistente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando *lato sensu* em Interesses Difusos e Coletivos pela mesma instituição. Advogado. e-mail: coord.estagio2@toledoprudente.edu.br

complexo do que a singela análise acerca da finalidade ou destinação dos bens materiais.

Ou seja, o termo vai além do exemplo referente à irracional atitude de comprar uma nova roupa, mesmo tendo outra semelhante, pelo simples fato de estar na promoção.

Consumo consciente, sustentável, dentre outras nomenclaturas, são altamente questionáveis e, por isso, há dificuldade em defini-las.

Incontestável que tais informações e questionamentos teriam desdobramentos infinitos e, apesar de não ser o objetivo deste estudo, é sempre proveitoso desvelar algo que nem sempre é óbvio, como a ideia de consumo de bens imateriais, ou a impossibilidade (ou, questionável) tentativa de atribuir um sentido minimamente coerente à expressão "consumo consciente".

Sem embargo, o presente trabalho se limita a, despretensiosamente, aproveitando a complexidade já demonstrada das relações consumeristas, refletir sobre a importância dos bancos de dados e cadastros de consumo, ou seja, das informações armazenadas, em especial no tocante a provável lesão a direitos fundamentais por meio destes armazenamentos.

Contudo, ainda na ideia de desvelar obviedades, vale dizer que geralmente quando se estuda as relações de consumo, lembra-se apenas da relação consumidor (indivíduo) e fornecedor. Raramente questionamentos são feitos acerca do consumo realizado pelo fornecedor.

Isto é, o consumo produtivo, o apetite das corporações no crescimento de seus lucros, que geralmente se valem de informações dos consumidores para atingir patamares de rentabilidade nunca antes alcançados.

Por vezes o mencionado armazenamento de informações se destina a facilitar nossas vidas, tornando-as mais eficientes. Mas, infelizmente, como face de uma mesma moeda, também invade a nossa privacidade e intimidade, atingindo direitos fundamentais historicamente - e quase nunca consensualmente - construídos.

Portanto, quais seriam os limites para armazenagem de dados? E a transação comercial destas informações perante fornecedores, seria possível? Caso a resposta seja negativa, inegável que este comércio existe. Então, o que fazer quando ele ocorre? Quem responde pelos danos causados aos consumidores que tiveram a sua privacidade devassada?

Buscando responder a estes e outros questionamentos que o trabalho encontra espaço no campo jurídico.

Sem embargo, ainda com relação ao consumo, em especial quanto a sua importância, vale destacar que é inegável a sua capacidade de servir como espaço de constituição identitária. Assim como frequentemente ocorre com o emprego, o acesso a determinados bens de consumo, acabam por definir o indivíduo.

Portanto, notória a importância do consumo, seja em seus aspectos positivos ou negativos.

Neste cenário de identificação identitária, de busca por lucros, de conquistas, enfim, sob a perspectiva do fornecedor, identificar o tipo de consumidor, ou quais seus gostos, seus desejos, seus "sonhos de consumo" se torna tarefa imprescindível para obtenção de maior rentabilidade.

Pois bem, assim, neste emaranhado de desdobramentos ligados ao consumo, do apetite consumista dos indivíduos ao apetite das corporações, a questão do banco de dados e suas regulações se tornam cada vez mais importantes e necessárias.

Outrossim, não obstante geralmente serem esquecidos, vez que usualmente são lembrados apenas dos registros de inadimplentes, os bancos de dados e os cadastros de consumidores ganham enorme relevância quando se tratam do consumo produtivo, da amplitude capitalista, ou mesmo do "apetite" das corporações.

Partindo destas premissas, no primeiro tópico, buscou-se realizar uma conceituação e delimitação das expressões banco de dados e cadastro de consumidores, bem como discutir as espécies de dados armazenados, quais sejam, os nominativos (sensíveis) e os não-nominativos (não sensíveis).

Ainda dentro deste contexto, demonstrou-se a existência da proteção dos dados e a regulamentação destes armazenamentos, ainda que tímida, no Código de Defesa do Consumidor.

Noutro momento, adentrou-se na análise das garantias constitucionais, em especial no direito à privacidade, esclarecendo que uma das fontes deste direito se deu através do conhecido artigo publicado na *Harvard Law Review*, que discorreu, nos idos de 1890, sobre o "*right to be left alone*".

Algumas críticas foram apontadas sobre o comércio de informações de consumo, usualmente praticado entre os fornecedores, cuja lesão aos direitos fundamentais é evidente, especialmente quando se tratam de dados sensíveis.

Ainda sobre esse comércio de bancos e cadastros de consumo, buscou-se demonstrar que a finalidade seria diminuição de gastos dos fornecedores, que almejam conquistar novos clientes, ou fidelizar os seus, bem como aumentar sua rentabilidade através destas novas relações. Isto é, quando se tem uma análise bem definida e individualizada das características de consumo, as técnicas de vendas serão direcionadas a um alvo certo, gerando mais lucros e menos gastos para tanto.

Não obstante a proteção constitucional dos direitos fundamentais, ou mesmo a defesa do consumidor inaugurada com o Código de Defesa do Consumidor, novas legislações como a Lei nº 12.414 de 9 de junho de 2011 ("Cadastro Positivo") e a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 ("Marco Civil da Internet"), vieram para garantir outras proteções, reforçando a proteção já existente e estabelecendo novos princípios, garantindo maior eficácia ao texto constitucional, notadamente no que se refere a proteção das informações de consumo.

Diante deste cenário, foi destacado os principais dispositivos destas novas legislações, além de reforçar a necessidade de que fossem utilizados na tutela destes interesses.

Por fim, considerando toda a fundamentação teórica, concluiu-se que em caso de violações ao direito de privacidade ocasionado pela discricionária e irregular troca de informações de dados sensíveis de consumo, haveria necessidade de fixação de indenizações que considerassem a desproporcionalidade existente na relação "consumidor X fornecedor", diante da vulnerabilidade do primeiro e capacidade técnica e econômica do segundo. Ou seja, além da responsabilização objetiva do fornecedor, da possibilidade de inversão do ônus da prova, as fixações precisariam considerar o caráter pedagógico, inibindo a reiteração de condutas lesivas.

Para alcançar todas estas informações, utilizou-se como método científico o dedutivo, partindo de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais, bem como, foi utilizado um raciocínio dialético para, através de diferentes perspectivas, alcançar um raciocínio coerente e sintético. Por óbvio, tudo calcado em uma bibliografia constitucional-consumerista que regula a matéria.

Salienta-se, ainda, que a amplitude dos institutos e a discussão sobre o tema é complexa, tornando praticamente impossível o total esgotamento do tema. Entretanto, almeja-se que o leitor compreenda o raciocínio proposto e se motive para novas pesquisas sobre este intrigante assunto.

2 BANCO DE DADOS E SUA IMPORTÂNCIA

Como prelúdio deste tópico e, na introdução deste artigo, constatou-se a relevância atual do consumo nesta quadra da história, bem como a importância que os bancos de dados ganharam.

Mas afinal, o que seriam estes bancos de dados?

Para responder referida questão, algumas premissas precisam ser estabelecidas, como a delimitação e a contemporaneidade do tema, por exemplo.

Cediço que assuntos ligados à tecnologia e informação são de uma efemeridade ímpar e, neste caso, não é diferente. Assim, não se pretende fazer uma abordagem completa (se é que isso é possível), tampouco prospecções.

Almeja-se, ao menos, apresentar um panorama a respeito dos bancos de dados de consumidores com suas principais características e, evidentemente, isto se dará neste momento histórico-cultural, representado pelo início do século XXI.

Portanto, não se busca traçar um histórico longínquo, mas sim, algo atual, principalmente no período após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, não obstante a interdisciplinaridade inerente ao tema, todos os conceitos aqui abordados estão imbricados com o campo e linguajar jurídico, bem como os reflexos do tema nos direitos fundamentais. Relega-se, portanto, os critérios eminentemente técnicos, como os termos da informática.

Posto isto, convém primeiramente apresentar uma definição acerca da expressão "banco de dados".

Para Antônio Herman De Vasconcelos e Benjamin (1997, p. 60):

O vocábulo 'banco de dados' carrega a idéia de informações organizadas, arquivadas de maneira permanente em estabelecimento outro que não o do fornecedor que diretamente lida com o consumidor; ficam ali, de modo latente, à espera de utilização. A abertura do arquivo no banco de dados nunca decorre de solicitação do consumidor. Muito ao revés, é inteiramente feita à sua revelia. Finalmente, não é o arquivista o destinatário das informações armazenadas, mas, sim, terceiros, sendo ele mero veículo para circulação destas.

Antônio Carlos Efig (2002, p. 36), por sua vez, além de trazer uma definição para banco de dados, apresenta também a diferença existente entre ele e o cadastro de consumidores:

[...] pode-se conceituá-los sinteticamente, assim dizendo que os bancos de dados de consumidores seriam sistemas de coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata, a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivos e não-valorativos, utilizando-se de divulgação a terceiros por motivos exclusivamente econômicos. Diferentemente disto, os cadastros de consumidores seriam sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras, tendo provisoriedade subordinada aos interesses comerciais subjetivos dos arquivistas, e divulgação interna, o que demonstra a função secundária de seus arquivos.

Posto isto, a primeira importante característica a ser observada é a diferença existente entre o banco de dados e o cadastro, pois o primeiro se destina ao armazenamento de informações para terceiros, em especial para aqueles interessados na concessão, ou não, de crédito ao consumidor. O segundo, entretanto, refere-se ao cadastro de informações subjetivas, pessoais e personalíssimas, que ficam disponíveis principalmente para os fornecedores, que visam identificar melhor seus consumidores para futuras ou presentes ofertas, bem como novas relações de consumo.

Os bancos de dados de proteção ao crédito, por exemplo, surgiram com a finalidade precípua de proporcionar informações àqueles que pretendiam conceder empréstimos a alguém (BESSA, 2003, p. 25), ou seja, a terceiros alheios às primeiras relações de consumo. Desta forma, são administrados por entidades, constituídas sobre diversas formas com objetivo de coletar, processar e fornecer informações aos fornecedores de produtos ou serviços (Ob. cit., 2003, p. 179).

Os cadastros de consumidores, entretanto, são feitos pelos próprios consumidores, para consulta do fornecedor, que visa que o estabelecimento

mantenha uma relação mais próxima com o consumidor (GONÇALVES, 2002, p. 45).

Ambos, portanto, acabam por se revelar como espécies do gênero "arquivos de consumo".

Outra importante característica acerca destas informações de consumo se dá quanto à qualidade dos dados armazenados e a finalidade que se pretende com eles.

Com precisão Renato Afonso Gonçalves (2002, p. 26) leciona que:

Assim, percebemos que existem duas espécies de dados, ou seja, aqueles que são gerais ou estatísticos e que não individualizam a pessoa, não personificando a informação, e aqueles que, ao contrário, identificam a pessoa, o que a lei francesa denomina informações nominativas. Portanto, podemos afirmar que existem dados nominativos e dados não-nominativos.

Referida classificação, tem relevância prática principalmente no que se refere aos dados nominativos ou, dados sensíveis, pois estes adentram com maior significância à esfera íntima, enquanto os outros não.

Os dados sensíveis compreendem as informações personalíssimas, como religião, orientação sexual, posicionamentos políticos e ideológicos, etc. Estes interferem diretamente na intimidade do consumidor, ampliando a possibilidade de lesão e conseqüente reparação.

Já os dados não sensíveis, ou não-nominativos, como numeração dos documentos (CPF, por exemplo), apenas individualizam a pessoa, destinam-se a dados estatísticos, não interferindo a esfera íntima de maneira tão relevante. Reduz, ou quase anula seu potencial lesivo aos direitos da personalidade.

Como demonstrado na introdução do trabalho, na "sociedade de massas", outra designação frequentemente utilizada, os dados ou informações dos consumidores ganham enorme relevância. Principalmente os sensíveis, vez que definir exatamente seu público alvo, representa menor onerosidade para instigá-lo a adquirir os produtos (consumir) e maior probabilidade de rentabilidade (lucros).

Contudo, não obstante a adoção do sistema capitalista legitimado pela Constituição Federal de 1988, expresso também no texto constitucional é a opção de a República ser um 'Estado Democrático de Direito'. Portanto, além de estabelecer direitos, traz também garantias para o livre exercício destes, especialmente os fundamentais individuais.

Portanto, por óbvio que quando a ferocidade capitalista se sobrepuser aos direitos fundamentais estabelecidos, dará ensejo à reparação pelos danos causados, cuja indenização deverá também ser constituída pelo seu caráter pedagógico, evitando-se a reiteração de condutas lesivas.

Ainda, guiar-se-á pela responsabilização objetiva, conforme disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, o tema da responsabilização pelas lesões no comércio ou repasse de dados sensíveis será mais bem abordado nos tópicos que seguem.

2.1 Banco de dados no Código de Defesa de Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, dedicou seção exclusiva para a regulamentação dos bancos de dados, como se vê na seção VI, do capítulo V, nos artigos 43 a 44. Além de normas penais, previstas nos artigos 72 e 73. Estes constituem os principais dispositivos referentes aos institutos aqui abordados.

Pois bem, o artigo que inaugura a seção é o 43, que possui amplitude notória, porquanto estabelece que "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".

Constata-se o aspecto privilegiado do acesso às informações, porquanto abarca a possibilidade de estarem armazenados em diversas espécies de arquivos. E, como leciona Renato Afonso Gonçalves (2002, p. 51), "as hipóteses não são taxativas e sim exemplificativas, com o intuito de abranger todos os arquivos de consumo, sejam eles complexos e informatizados, ou não".

No mesmo dispositivo constam previsões sobre a maneira que os dados deverão ser armazenados e qual será o tempo limite para manutenção de informações negativas (§1).

Diz respeito também sobre a necessidade de comunicação por escrito do consumidor sobre seus dados pessoais e de consumo (§2º), a possibilidade de retificação destes registros (§3º), a natureza pública dos bancos e cadastros

relativos a consumidores (§4º) e, por fim, traz a impossibilidade de fornecimento de informações negativas cujo débito que originou a inscrição esteja prescrito (§5º).

O artigo 44, por sua vez, traz uma diferença entre o conteúdo das informações arquivadas existentes nos cadastros até agora abordados e os cadastros de órgãos públicos.

Desta forma, os arquivos referentes ao artigo 44 são exclusivamente do Estado, os outros são de natureza privada e, como bem leciona Renato Afonso Gonçalves, complementando as lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2002, p.60):

Estes armazenam informações relativas aos consumidores, enquanto os arquivos dos órgãos públicos armazenam informações relativas aos fornecedores e seu comportamento no mercado, com o propósito de justamente orientar os consumidores. Exemplo: Decon, Procon, Departamento Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Esses órgãos constituem-se, como diz Luiz Antonio Rizzatto Nunes, no "troco" do CDC aos serviços de proteção ao crédito.

Nos termos do dispositivo mencionado, esses órgãos públicos deverão divulgar anualmente as reclamações dos consumidores, bem como se elas foram ou não atendidas pelo fornecedor.

Com relação às infrações penais, há dois dispositivos na legislação consumerista que abordam diretamente às atividades dos bancos de dados de proteção ao crédito.

Conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou medidas para regulamentar e coibir possíveis abusos decorrentes das informações arquivadas em bancos e cadastros de consumo.

Não obstante o CDC tenha elencado estas normas, nota-se que não foi capaz de regular outros desdobramentos referentes a estas informações, em especial sobre o comércio de banco de dados existente entre os fornecedores. Principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis.

Mas, como se verá adiante, há outros diplomas legais que visam à proteção da defesa do consumidor, garantindo-se uma eficácia dos direitos constitucionais por meio de legislações hierarquicamente inferiores, vez que diante da vulnerabilidade - se comparado com o poderio contido nas mãos das grandes corporações (fornecedores) -, medidas protetivas são sempre benéficas, senão, indispensáveis.

3 BANCOS DE DADOS E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O principal problema com relação às informações dos consumidores ocorre quando referidos dados são utilizados de forma abusiva, desviando-se dos fins a que foram destinados, ou seja, quando perdem seus critérios estatísticos e informativos.

Nesta perspectiva, irrefutável a relação existente entre as informações dos consumidores e os direitos fundamentais, em especial a privacidade.

Evidente que o propósito do trabalho não é uma análise profunda do histórico ou da natureza dos direitos fundamentais. Contudo necessário tecer breves comentários sobre estes direitos, iniciando-se pela sua nomenclatura.

Conforme bem leciona João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 5):

Há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina. Podemos registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, etc. É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial. Consideramos que, no direito interno, a nomenclatura mais adequada é a que ora utilizamos, ou seja, *direitos fundamentais*. Essa é a posição, também, de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins. Isso porque a Constituição utiliza essa terminologia (Título II). Ademais, as outras nomenclaturas são inadequadas, por vários motivos. [...] Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Assim, definida a terminologia, importante lembrar que os direitos fundamentais exsurgem depois de reiteradas reivindicações sociais e revoluções, visando à limitação da atuação opressora estatal, bem como para fazer valer a dignidade, igualdade e a liberdade dos cidadãos pactuantes do contrato social - segundo as doutrinas contratualistas.

A proteção destes direitos pela positivação constitucional demonstra a sua imprescindibilidade para constituição de um Estado Democrático de Direito.

Considerando o mote do trabalho, a análise referente às informações de consumo armazenadas em cadastros e bancos de dados, em especial no tocante aos dados sensíveis frente aos direitos fundamentais, se torna tarefa fácil a constatação de que estas informações encontram limitações principalmente no direito à privacidade.

Nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis e, caso sejam atingidas, será assegurado o direito a indenização pelo dano material e ou moral.

Verifica-se que o preceito normativo do texto constitucional, trouxe uma divisão, pois distinguiu a intimidade da vida privada, sendo tarefa difícil a interpretação das terminologias utilizadas.

Todavia, segundo José Afonso da Silva (2001, p. 209):

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou.

Privacidade, portanto, há de ser interpretada da forma mais abrangente possível, englobando os dados sensíveis (nominativos), cuja escolha de divulgação, ou não, cabe somente ao indivíduo.

Para Antônio Carlos Efiging (2002, p. 51):

Privacidade é um neologismo adaptado da expressão norte americana *privacy* que, segundo a doutrina, tomou consistência a partir do ano de 1890 quando, nos Estado Unidos Warren e Brandeis publicaram seu artigo denominado *The right to privacy*, reivindicando o nascimento de um novo direito que tutelasse a esfera privada do ser humano.

A propósito, não obstante a data de publicação de referido artigo ser 1890, a sua contemporaneidade está presente ainda hoje.

Referida publicação aparenta ter ocorrido há pouco tempo, como se constata nas exatas palavras de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (1890, p. 195-205):

Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone". Instantaneous

photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops". [...] These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone.

Isto é, desde aquela época, com a evolução da tecnologia e a expansão - ainda incipiente - da imprensa, o direito à privacidade passou a ser considerado importante, senão, fundamental.

Sobre sua relevância e, conseqüentemente, sua proteção, destaca-se a necessidade de todo homem ter direito à reclusão periódica para a sua própria saúde mental, bem como para o desenvolvimento de sua livre personalidade, pois a constante exposição da observação alheia cria barreiras ao enfrentamento de novos desafios (MENDES et. al., 2010, p. 469/470).

Neste sentido a exposição do consumidor com seus dados, suas informações, preferencias, opiniões, evidentemente caracterizariam uma violação aos direitos de personalidade.

Portanto o comércio de referido dados, notadamente entre os fornecedores e eventuais interessados, caracterizaria violações à privacidade.

Sem embargo, José Alexandre Tavares Guerreiro (1992, p. 143) no início da década de noventa já alertava que:

A extraordinária rapidez com que os bancos de dados podem elaborar perfis de informação do indivíduo (no assim dito 'tempo zero'), a possibilidade de desvio de finalidades na utilização dos próprios dados informativos e a falibilidade dos processos informáticos constituem potencial ameaça aos direitos da personalidade, na medida em que produzem (ou podem produzir) situações constrangedoras, das quais a pessoa só se pode liberar mediante meios modernos de tutela (entre os quais agora previstos), dado que as soluções tradicionais se mostram ineficazes para garantir a sua segurança e tutelar adequadamente seus interesses.

Nota-se que a sociedade de consumo acaba sucumbindo ao extraordinário poder dos bancos de dados, notadamente aqueles que detêm dados sensíveis, que visam identificar o consumidor com todas as suas peculiaridades, para que em um momento oportuno, usar de todas as "armas" para fazê-lo consumir, gerando, portanto, mais lucros.

Um exemplo rotineiro que costuma ocorrer é o histórico de compras registradas nos cartões de crédito, através das quais as operadoras conseguem identificar e catalogar perfis de consumidores, repassando-os aos fornecedores, ávidos por novos clientes.

A invasão à privacidade é indiscriminada, atinge a privacidade sem que o consumidor sequer tenha conhecimento de tal abuso, e acaba tendo suas informações postas em circulação num mercado paralelo com pouca regulação. O mercado do comércio de banco de dados.

Contudo, atento a esta preocupação o parlamento recentemente aprovou novas legislações, as quais possuem características específicas sobre proteção da defesa do consumidor e o sigilo de seus dados.

Diante destas inovações legislativas, imprescindível uma análise detalhada, o que se faz no tópico que segue.

4 DOS NOVOS DIPLOMAS LEGAIS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE PELAS VIOLAÇÕES

Com todas as considerações realizadas até o momento, como as características do banco de dados, bem como os seus reflexos no Código de Defesa do Consumidor, além da quase inevitável invasão de privacidade, relevante neste momento mencionar os novos diplomas legais que dentre outras finalidades visam à proteção dos direitos dos consumidores.

Afora os dispositivos já mencionados, existem outras legislações que abordam o tema, entre elas as que mais se destacam é a Lei nº 12.414 de 9 de junho de 2011, que disciplina a formação e consulta a banco de dados de adimplemento para formação de histórico de crédito, que se popularizou como "Lei do Cadastro Positivo" - posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.829/2012 - e a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, que ficou conhecida como "Marco Civil da Internet".

Evidente que as primeiras legislações mencionadas abordam de maneira específica o tratamento dos bancos de dados, pois se referem exclusivamente à criação e regulação do armazenamento de "dados positivos", ou seja, dados que facilitam o acesso ao crédito para as pessoas físicas ou jurídicas cujo histórico de consumo seja positivo.

Apesar de críticas geralmente feitas às legislações que se propõem a estabelecer conceitos, válido destacar que a Lei nº 12.414/2011 estabelece em seu artigo 2º inciso I uma definição sobre banco de dados, dispondo que é o "conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro".

Nota-se a proximidade dos conceitos doutrinários mencionados no tópico 2 do presente trabalho e o conceito legal trazido pela legislação.

Sem embargo, como proposta desta pesquisa se dá principalmente com a relação das informações dos consumidores e os direitos fundamentais, insta salientar o disposto no artigo 3º, parágrafo 3º e seus incisos:

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.

[...]

§ 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.

De fácil constatação a proteção legal dos dados sensíveis ou nominativos, isto é, aqueles inerentes às características pessoais do consumidor, cuja probabilidade de lesão a direitos é maior.

Percebe-se assim, a coerência do sistema de proteção das relações consumeristas.

Destarte, o popular "Marco Civil da Internet" (Lei nº 12.695/2014), também adotando princípios constitucionais da defesa do consumidor, trouxe em seu bojo que o uso da internet no Brasil tem como dentre outros fundamentos "a defesa do consumidor", como se vê no artigo 2º, inciso V, reforçando o texto constitucional, demonstrando e impondo barreiras a sua violação.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, define como princípio "a proteção da privacidade" (Art. 3º, inciso II) e, evidente, que o consumidor também se insere nesta proteção.

Como bem afirmou Fábio Caldas de Araújo (2014, s.p), "a aprovação do marco civil é tardia, mas bem-vinda, pois revela a quebra da indiferença de nosso sistema com o mundo virtual", ou seja, evidente que a novel legislação trará inúmeros questionamentos, porém, a aprovação pelo parlamento confere a legitimidade necessária para sua aplicação, além de preencher uma lacuna que enfrentava grandes divergências nas decisões judiciais.

O capítulo II estabelece 'Direitos e Garantias dos Usuários', em que há previsão expressa da proteção do consumidor e de seus dados sensíveis. A legislação além de reforçar matérias tratadas de forma abstrata em outros diplomas garante novos direitos, dentre eles, interessante destacar alguns:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

[...]

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Ressalva-se que apesar de incomum a colação de textos normativos em artigos científicos, a matéria aqui abordada faz com que transcrições desta natureza ocorram com maior frequência, seja pelo caráter recente da legislação, ou mesmo pela precisão do texto legal na proteção de determinados direitos.

Assim, destacam-se especificamente os incisos IX e XIII de referido artigo, pois estes abordam exatamente a questão da proteção do consumidor e do sigilo de seus dados.

Posto isto, diante dos dispositivos mencionados, conclui-se que há no ordenamento jurídico uma efetiva proteção do sigilo dos dados de consumo, notadamente àqueles referentes às características pessoais, ideológicas, enfim, os dados sensíveis.

Entretanto, aparentemente, a proteção legal não se mostra suficiente diante das constantes violações, pois o comércio e o registro destes dados ocorrem diariamente na rede mundial de computadores, gerando infinitas violações. Portanto, necessária se faz a efetiva punição daqueles que praticam os atos lesivos, bem como a fixação adequada de indenização às vítimas.

Lembrando-se que como regra geral prevista no Código de Defesa do Consumidor o fornecedor responde objetivamente, além de o consumidor contar com a possibilidade de ter o ônus da prova redistribuído nos termos do artigo 6º, inciso VIII. Isto é, caso haja violação de direitos fundamentais diante da circulação de informações pessoais, cabe ao fornecedor comprovar que ele não foi o responsável por aquela conduta, sob pena de ser responsabilizado.

Por fim, referida responsabilização, traduzida na forma de indenização, na maioria dos casos, deverá respeitar o caráter pedagógico, pois em eventual fixação de valores indenizatórios irrisórios, o autor da conduta lesiva (fornecedor, no caso) não se inibirá em cometer novos atos. Desta forma a proporcionalidade estabelecida entre a vulnerabilidade do consumidor e o poder técnico e econômico do fornecedor deverá ser considerada quando da fixação de indenizações.

6 CONCLUSÃO

Embora limitado em razão da sua forma, o presente trabalho pôde concluir pelas seguintes proposições:

1. As transformações sociais são inevitáveis e no atual momento histórico nos encontramos organizados em uma sociedade capitalista fundada no consumo. Porém, este consumo deve ser observado em seu espectro mais amplo

possível, vez que além de ser complexa a sua conceituação é evidente a infinidade de desdobramentos abarcados pelo termo.

2. Diante deste cenário, além de crescer o acesso ao consumo por parte dos consumidores, também é crescente a disputa entre os fornecedores para angariar novos clientes ou fidelizar os já conquistados. Com isso, as informações sobre o consumo e os dados personificados se tornam essenciais para continuidade deste processo.

3. Os bancos de dados e os cadastros de informações ganharam notoriedade nestas relações consumeristas, mas, como face de uma mesma moeda, apesar de terem trazido segurança e credibilidade às relações, também proporcionaram a possibilidade de lesão a direito fundamental, notadamente à privacidade.

4. O texto constitucional de 1988 estabeleceu como direito fundamental a defesa do consumidor e, posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor efetivou esta proteção. Todavia, diante das rotineiras transformações tecnológicas, foi necessária a criação de novas legislações para garantir uma proteção maior, especialmente no que se refere às informações de consumo armazenadas em bancos e cadastros.

5. Apesar de normas um pouco abstratas, constata-se que a transação de dados sensíveis entre fornecedores é medida atentatória ao direito de privacidade, dando ensejo à reparação pelos danos causados, com fundamento nos dispositivos vigentes no ordenamento.

6. Por fim, diante destas premissas e, valendo-se dos dispositivos elencados no CDC, como a responsabilização objetiva e possibilidade de inversão do ônus da prova, a alternativa viável para minoração dos abusos perpetrados pelos fornecedores, que se valem de meios obscuros para obter estas informações, seria a fixação de indenização em valores que de uma só vez proporcionem a reparação do dano, mas também atribuam caráter pedagógico à indenização, fazendo com que a reiteração de condutas lesivas sejam evitadas.

Nota-se que há enorme dificuldade em regular e limitar matérias relacionadas à área da tecnologia e da informação. Entretanto, parece óbvio que a evolução tecnológica jamais poderá se sobrepor aos direitos fundamentais, salvo se uma mudança cultural paradigmática justificar tais transformações. Contudo, como não enfrentamos tal mudança, a proteção referente às informações dos

consumidores, notadamente seus dados sensíveis, deverão ser tuteladas com os textos normativos já vigentes no país com o rigor e cautela necessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Reflexões sobre o Marco Civil da internet**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>. Acesso em: 18 de jul. de 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1997.

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

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

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 19 de jul. de 2015.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Banco de dados nas relações de consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares et al. **Comentários ao código de do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Harvard Law Review, n. 5, 1890.