XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

AIRES JOSE ROVER

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, governança e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-123-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Governança. 3. Novas tecnologias. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

PREFÁCIO

O XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015, foi promovido pelo CONPEDI, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (Universidade FUMEC) e pela Escola Superior Dom Helder Câmara, tendo como tema geral o Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O grupo de trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias foi bastante exitoso, tanto pela ótima qualidade dos artigos apresentados, quanto pelos debates entre os pesquisadores-expositores, interessados e coordenadores. Foram apresentados 26 trabalhos, efetivamente discutidos e que integram esta obra, a partir de 04 blocos temáticos: o primeiro, a democracia e a tecnologia; o segundo, a proteção de dados; o terceiro, a governança eletrônica; e o quarto, os direitos fundamentais e sociais na sociedade informacional.

As relações entre a democracia e as novas tecnologias comprovaram a complexidade do tema e foram representadas pelos seguintes trabalhos: a ampliação dos canais de comunicação entre as universidades publicas federais e a sociedade: os portais institucionais como mecanismos para implementar um novo modelo de governança, que analisou a transparência e o sigilo a partir da Lei de Acesso à Informação. A cidadania virtual e os obstáculos a sua efetivação, que estudou a ampliação de acesso à internet como instrumento de luta contra a globalização hegemônica. A internet como espaço público para participação politica no Estado Democrático de Direito: uma ágora digital?, que pesquisou os novos conceitos de cidadania e cultura digitais, fomentando atos ativistas para controlar excessos. Acesso à informação pública: a sociedade civil descobrindo o estado, que trabalhou a emancipação social por meio de políticas públicas de acesso à informação como modo de implementar a cidadania. Internet: uma nova forma de participação democrática ou um mero espaço de fiscalização digital? demonstrou a baixa confiabilidade da população na informação fornecida pelas mídias eletrônicas, especialmente pela linguagem inacessível a grande parte da sociedade. Por sua vez, o uso de instrumentos tecnológicos no exercício da democracia através da participação nas políticas públicas trouxe proposta de utilização de instrumentos tecnológicos para ampliar o espaço democrático e qualificar os serviços públicos.

Finalmente, o artigo redes sociais e democracia deliberativa comentou a ação política performática e a impossibilidade de enfrentamento racional no debate político na rede.

No que toca à proteção de dados e a necessidade de sua tutela diferenciada, o texto o `curtir´ do facebook como manifestação da liberdade de expressão: uma nova tecnologia sob proteção constitucional estudou a análise do perfil ideológico dos trabalhadores por empregadoras como forma de justificar dispensas. O trabalho a vida escrita em bytes - a sociedade superinformacional e as novas tecnologias: será o fim da privacidade e da dignidade humana? analisou as consequências jurídicas e emocionais da exposição das informações privadas na rede, o que viola a dignidade da pessoa humana e gera a vulnerabilidade do indivíduo. Com isso, o artigo autodeterminação informativa e proteção de dados: uma analise critica da jurisprudência brasileira estudou a aceitação de sistemas de pontuação dos consumidores pelos Tribunais pátrios, a partir de conceitos distintos: banco de dados / dados estatísticos. Direito ao esquecimento digital e responsabilidade civil dos provedores de busca na internet: interface entre marco civil, experiência nacional e estrangeira e projetos de lei nº 7881/2014 e nº 1676/2015 tratou do direito ao esquecimento como consectário do direito a privacidade. Os novos cadastros e bancos de dados na era digital: breves considerações acerca de sua formação e do atual tratamento jurídico demonstrou o viés econômico das informações constantes na internet e trouxe o fenômeno da necessidade de autoafirmação das pessoas oposta ao sentimento de privacidade. Por fim, a pesquisa a usurpação do registro civil nacional pelo Poder Judiciário comentou a necessidade do asseguramento de dados sensíveis e a retirada da atribuição de guarda de tais informações do Executivo e o texto riscos inerentes a utilização de redes informáticas, com foco no risco a privacidade e a segurança cibernética trouxe a incompatibilidade entre segurança e privacidade e as inovações tecnológicas mais atuais.

A partir de tais discussões, adentrou-se na temática governança eletrônica e seus escopos no Direito informático. O estudo a utilização das TIC e a contribuição das cidades digitais para o favorecimento da governança concluiu que a criação das cidades digitais facilitou o acesso ao serviço público e ao `e-commerce´, mas não trouxe avanços em matéria de governança, apesar de possuir potencial para isso. A analise crítica da legitimidade do Estado a partir da aplicação do princípio da resiliência demonstrou como o Estado pode manter sua estrutura e abrir novos canais de comunicação e participação da sociedade civil para a tomada de decisões, por meio dos princípios da resiliência, consensualidade, cooperação e concertação nos atos administrativos. No seu tempo, o texto "governança da internet no espaço regulatório global: o idiossincrático modelo de gestão da ICANN" tratou da necessidade de regulação da internet, pelo ICANN ou pelos Estados Unidos da América, dentro da concepção do `policy making´.

Entre as pesquisas dedicadas aos direitos fundamentais e sociais na sociedade informacional, o artigo a internet como vetor do desenvolvimento social na contemporaneidade encampou a ideia de desenvolvimento como liberdade e as ondas de acesso à internet. "As novas tecnologias em prol do trabalhador: tentativas de minimizar o retrocesso aos direitos sociais" ofereceu um panorama da inserção do trabalhador nas novas tecnologias e como deveria ser visto o teletrabalho, caso houvesse um efetivo controle de ponto via `smartphones´, cujo problema também foi tratado pelo texto "teletrabalho e tecnologia: (re) adaptações sociais para o exercício do labor", que apresentou o conceito inovador de subordinação por meio de sistemas telemáticos e a ruptura do paradigma no Direito laboral. "Imigrantes no Brasil - discursos de ódio e xenofobia na sociedade da informação: como atribuir uma função social a internet?" elucidou o contraponto entre a sociedade da informação e a função social da rede e como os processos simbólicos sobrepõem o objeto à pessoa, o que comprovou que a internet encontra-se à margem do Direito nas tratativas dos discursos de ódio. A economia compartilhada e os desafios na atuação do Estado foram os temas de "sociedade civil, concentração econômica e a disrupção da economia compartilhada", que relacionou os valores caros à democracia, entre eles os direitos fundamentais, e a dificuldade de regulação estatal. Em sequência, a "análise dos principais projetos municipais de acesso livre e gratuito a internet em praças publicas: inclusão digital na atual sociedade da informação globalizada" sugeriu, por meioi de pesquisa empírica, que as praças públicas deveriam ser implementadas nas periferias, em primeiro lugar, para promover a inclusão digital. Ao seu turno, o trabalho "as tecnologias da informação e comunicação no aprimoramento do processo legislativo: fundamentos para um processo legislativo mais interativo" partiu do pressuposto de que a democracia representativa brasileira é inacabada, para indicar a necessidade de ampliação da participação social na função legiferante. O artigo "grupos de fato na sociedade da informática" trata sobre as redes de informação e sua influência na transmissão dos conhecimentos tradicionais entre e para os povos formadores da sociedade brasileira. Finalmente, "o tempo morto de trabalho no processo eletrônico" demonstrou, por meio de análise de dados empíricos, que os processos eletrônicos não vieram a implementar a razoável duração dos procedimentos e geraram óbice ao `jus postulandi´ na Justiça Especializada do Trabalho, diminuindo o acesso à jurisdição.

Como conclusão, a coordenação sintetizou os trabalhos do grupo e sugeriu novos estudos a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados e da cooperação entre os Programas de Pós-graduação, o que contribuirá para que novas respostas possam ser apresentadas para os dilemas que se multiplicam nesta sociedade informacional.

Os artigos, neste momento publicados, objetivam fomentar a investigação interdisciplinar entre o Direito, a Governança e as Novas Tecnologias. Assim, convida-se o leitor a uma leitura analítica desta obra.

Os Coordenadores

José Renato Gaziero Cella

Magno Federici Gomes

Aires José Rover

AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION AND DATA PROTECTION: A CRITICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN JURISPRUDENCE

Rafael Copetti
Marcel Andreata de Miranda

Resumo

O estudo, a partir do método hipotético-dedutivo, busca realizar uma releitura da forma como a jurisprudência brasileira vem interpretando o conceito de privacidade no armazenamento e compartilhamento de informações dos cidadãos no atual estágio tecnológico da sociedade. Inicialmente, é estudada a origem da proteção de dados pessoais e a definição do termo privacidade. Após, é realizado um estudo de caso a partir de duas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim como uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que serviu de paradigma para as questões relativas ao sistema de credit scoring. Em seguida, são analisados os fundamentos que serviram de motivação para as decisões em comparação com concepções que servem de suporte para a proteção dos dados pessoais. Ao final, é possível perceber que os Tribunais têm uma visão equivocada acerca da possibilidade do armazenamento e comercialização de banco de dados de consumidores, sendo necessária a revisão dos posicionamentos citados.

Palavras-chave: Autodeterminação informativa, Proteção de dados, Privacidade, Compartilhamento

Abstract/Resumen/Résumé

The study, from the hypothetical-deductive method, aims to perform a rereading of the way that the Brazilian jurisprudence has been interpreting the concept of privacy in the storage and sharing of citizens information in the current technological stage of society. Initially, it is studied the origin of personal data protection and the definition of the term privacy. Next, it is conducted a case study based on two decisions of the Court of Justice of Rio Grande do Sul, as well as a decision of the Superior Court of Justice which served as the paradigm for issues related to credit scoring system. Then, are analyzed the foundations that served as motivation for the decisions in comparison to conceptions that give support for the protection of personal data. At the end, it is possible to realize that the Courts have a mistaken view concerning the possibility of storage and commercialization of consumers database, being necessary a review of the positions mentioned.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Informational self-determination, Data protection, Privacy, Sharing

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias, inegavelmente, têm contribuído para significantes transformações no meio social e jurídico. Com a internet, popularizada, no Brasil, a partir do início do século XXI, as mudanças no mundo da informação se intensificaram. Atualmente, é cada vez mais crescente o número de pessoas que acessam a internet não apenas por *desktops*, mas, principalmente, por telefones móveis. Os meios de comunicação em massa, notadamente as redes sociais, ganham especial destaque no dia a dia da população, sendo que muitas pessoas utilizam esses recursos para comunicação e como forma de construir seu conhecimento.

Um novo espaço de interação foi incorporado à rotina dos indivíduos. Trata-se de espaço virtual ou digital, formado por constante fluxo de informações e transmissão de dados entre computadores. O ser humano, ao acessar essas tecnologias, tem à sua disposição um novo espaço social para interação, troca de informações e relação com os demais.

A utilização desses recursos tecnológicos alterou significativamente a circulação, a forma de compartilhamento e o armazenamento de dados. A digitalização de documentos e o arquivamento de informações em bancos digitais é cada vez mais significativo. Por outro lado, urge o pensar sobre os mecanismos possíveis para a preservação desses dados, precipuamente os dados nominativos, que, não raras vezes, são fornecidos voluntariamente nas mais diversas relações que se estabelecem com entes públicos ou privados, sejam elas no espaço virtual ou nas relações presenciais.

Como se verá adiante, o controle dessas informações é essencial para preservação de direitos fundamentais do indivíduo, como a privacidade ou intimidade, os quais têm assento constitucional.

As pessoas, especialmente nas relações comerciais, são instadas a fornecer dados para a obtenção de crédito, para a aquisição de determinados objetos de seus interesses etc. Os comerciantes, por sua vez, com o intuito de se acautelarem de eventual inadimplência, recorrem a sistemas identificados como de “proteção ao crédito”.

Contudo, muitas vezes, o que se vê é que, para a alimentação de tais sistemas de proteção ao créditos, os dados são captados de forma e de locais não suficientemente esclarecidos, não obstante contenham informações de caráter privado. Ainda, é comum que tais dados sejam buscados em outras as fontes, as quais os obtiveram por autoexposição dos interessados, mas com finalidade diversa.

Em um ambiente legislativo escasso como o brasileiro, as demandas atinentes à proteção de dados crescem substancialmente no âmbito do Poder Judiciário.

Surge, assim, como problema do presente estudo, o questionamento sobre a interpretação conferida pelo sistema judicial brasileiro sobre o âmbito de proteção dos direitos à privacidade e intimidade para a proteção de dados pessoais.

Preliminarmente, a hipótese para o problema apresenta-se como negativa, pois se sugere que as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário não têm observado os princípios e dispositivos legais que servem de sustentação à preservação de dados pessoais no Brasil.

Como objetivo geral, busca-se realizar uma releitura da forma como a jurisprudência brasileira vêm interpretando o conceito de privacidade no armazenamento e compartilhamento de informações dos cidadãos no atual estágio tecnológico da sociedade. Especificamente, quer-se (i) analisar a problemática da proteção dos dados pessoais no Brasil, (ii) realizar estudo de casos a partir de julgamentos realizados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça e (iii) a averiguar a correção do entendimento firmado nas Cortes julgadoras e a licitude das formas de armazenamento de dados no Brasil.

A pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, desenvolvido por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Inicialmente, é estudada a origem da proteção de dados pessoais e a definição do termo privacidade, adotando-se o conceito apresentado por Danilo Doneda e Stefano Rodotà. Após, são apresentadas dois casos que auxiliam na síntese do posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) ao analisar o armazenamento de dados pela pessoa jurídica PROCOB S/A, assim como a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que serviu de paradigma para as questões relativas ao sistema de *credit scoring*. Em seguida, são analisados os fundamentos que serviram de motivação para as decisões proferidas nos julgados citados à luz de concepções que servem de suporte para a proteção dos dados pessoais na sociedade tecnológica.

Ao final, é possível perceber que tanto o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como o Superior Tribunal de Justiça têm uma visão equivocada acerca da possibilidade do armazenamento e comercialização de banco de dados de consumidores, sendo necessária a revisão dos posicionamentos citados. Ainda, conclui-se pela necessidade da realização de uma nova leitura acerca do armazenamento, compartilhamento e proteção dos dados pessoais no Brasil.

1. O PROBLEMA DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE E AS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DA PROTEÇÃO DOS DADOS NO BRASIL

A primeira referência doutrinária sobre a existência de um direito à privacidade ocorreu em ensaio realizado por Samuel Warren e Louis Brandeis em 1890. Baseados em decisões pretéritas dos tribunais ingleses e norte-americanos, perceberam que, gradativamente, a jurisprudência estendia a proteção da propriedade imaterial, chegando a reconhecer um espectro de intangibilidade dos sentimentos, que viria a se constituir em um direito próprio à *privacy*, significante da prerrogativa de não ser molestado e de ser deixado só (CACHAPUZ, 2006, p. 76-77).

Posteriormente, Ernst Benda defende a existência desse direito de estar só, que abarcaria a proteção da esfera íntima e se fundamentaria no respeito ao livre arbítrio, podendo ser mitigado caso em contraposição a especiais interesses da sociedade (CACHAPUZ, 2006, p. 79).

No plano positivo, constata-se não haver qualquer referência específica nas declarações inglesas do século XVII, na Declaração de Virgínia de 1796 ou mesmo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (SARLET, 2012, p. 381).

Igualmente, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não traz qualquer regra específica de proteção da privacidade, embora o Tribunal Constitucional Federal extraia dos artigos 1º, alínea 1 (dignidade da pessoa humana), e 2º, alínea 1 (livre desenvolvimento da personalidade) uma proteção constitucional das esferas privada e íntima (HESSE, 1998, p. 329).

Segundo Schwabe (2005, p. 187-188), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para explicitação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, baseou-se, em um primeiro momento, a partir do julgamento do caso Elfes (1957), na teoria do núcleo da personalidade, segundo a qual haveria esferas ou camadas da personalidade que demandariam proteção diferenciada.

Por meio da teoria do núcleo da personalidade, conhecida mundialmente como teoria das esferas, é possível identificar três esferas distintas de proteção da privacidade, cada qual com um grau de intensidade. Alexy explicita:

> (...) É possível distinguir três esferas, com intensidades de proteção decrescente: a esfera mais interior ('último e inviolável âmbito de liberdade humana', âmbito mais interno (íntimo), 'esfera íntima inviolável', 'esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta'), a esfera privada ampliada, que inclui o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior, e a esfera social, que inclui

> tudo aquilo que não for atribuído bem ao menos à esfera privada ampliada. (2012, p. 360-361).

Por outro lado, no dizer de Pérez Luño (2012, p. 92-94), ao se referir ao conceito de intimidade, afirma que o problema desta se relaciona com as manifestações ou incidências exteriores de e em nossas vidas privadas, cujo exercício se tenha garantido juridicamente. De acordo com o jurista espanhol, não é suficiente conceber a intimidade como um direito de *status* negativo, ou seja, de defesa frente a qualquer intromissão na esfera privada. É necessário identificá-la também no seu caráter positivo, em outras palavras, como um direito ativo de controle sobre o fluxo de informações que concernem a cada sujeito.

Ao falar sobre a proteção jurídica da privacidade, da vida privada ou da intimidade, Doneda (2006, p. 101), assevera acerca da definição do tema:

> Ao se tratar da privacidade, há de se fazer antes de tudo um esclarecimentoinicial sobre a terminologia utilizada. A profusão de termos utilizados pela doutrina brasileira para representa-la , propriamente ou não, é considerável; além de 'privacidade' propriamente dito, podem ser lembrados os termos: vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e outros menos utilizados, como 'privatividade' e 'privaticidade', por exemplo. O fato da doutrina estrangeira apontar igualmente para uma multiplicidade de alternativas certamente contribui, induzindo juristas brasileiros a experimentar diversas destas.

De acordo com Limberger (2007, p. 116), a intimidade como direito fundamental tem sua gênese na "[…] dignidade humana e está vinculado à própria personalidade, sendo seu núcleo central. Como direito que é da expressão da própria pessoa, desfruta da mais alta proteção constitucional". Para a autora, "[…] As exigências do mundo tecnológico atual fizeram com que o direito tutelasse essa nova face da intimidade. A intimidade deriva da dignidade humana, é um direito fundamental que integra a personalidade. Das relações da informática e a intimidade se desenvolve a autodeterminação informativa. […]" (LIMBERGER, 2007, p. 119).

Relevante destacar a definição de Rodotá (1995, p. 122), o qual afirma ser a privacidade "[…] o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada […]".

Atualmente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha atribuiu novos contornos à teoria das esferas, pois não mais se prende a uma consideração estática dos âmbitos da vida cotidiana, adotando uma análise dinâmica dos modos de desenvolvimento do titular do direito, valorizando a autodeterminação, a autoconservação e a auto-exposição (SCHWABE, 2005, p. 188-189).

No direito brasileiro, o direito à privacidade pode ser entendido como um direito da personalidade de matiz constitucional, com expressa previsão no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. Infraconstitucionalmente, o dispositivo nuclear da proteção da privacidade se consubstancia na cláusula geral estabelecida no artigo 21 do Código Civil.

A tarefa de se definir precisamente o âmbito de proteção da privacidade ainda não está satisfeita no plano interno, conforme expõem Ingo Sarlet (2013, p. 393) e Edson Ferreira da Silva (1998, p. 30).

Seguramente, na contemporaneidade, a revolução tecnológica, com o advento e massificação da internet, e a explosão da comunicação problematizam a questão da privacidade, notadamente sobre a tutela e a disciplina de bancos de dados (PAESANI, 2000, p. 17-18). Nos termos expostos por Carvalho,

> Enquanto os dados eram guardados em uma ficha de papel, em um fichário manual, não havia qualquer preocupação por parte do Direito, porque a capacidade de circulação era bastante restrita e, consequentemente, a potencialidade de dano. A utilização da informática no manuseio dos dados pessoais, porém, acendeu a atenção dos juristas diante, justamente, da potencialidade de dano, exatamente pela facilidade no tratamento e no transporte dos dados sem possibilidade de controle por parte de seu titular. De outro lado, a utilização dos veículos de comunicação também contribui para a rápida circulação de dados pessoais. (1999, p. 112-113).

A preocupação com a exposição e circulação dos dados pessoais exigiu o tratamento legal da matéria. Na Europa, a primeira lei que se ocupou do controle de bancos de dados foi a Lei sueca n. 289, denominada *Datalagen*, promulgada em 1973; no âmbito constitucional, tem-se a Constituição portuguesa de 1977 (PAESANI, 2000, p. 49).

Nos Estados Unidos, desde o *Privacy Act* de 1974, tem-se a proteção da privacidade pela limitação das informações passíveis de coleta e armazenamento, que são limitadas àquelas relevantes e necessárias (CACHAPUZ, 2006, p. 261).

Em análise jurisprudencial da matéria, destaca-se um julgamento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha de 15 de dezembro de 1983 (*BverfGE 65,1*), no qual se apurou a constitucionalidade de uma lei que ordenava o recenseamento geral da população, com dados sobre a profissão, moradia e local de trabalho para fins estatísticos. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em virtude das condições do moderno processamento de dados, o direito geral da personalidade contido no artigo 2 I GG, em conjugação com o artigo 1 I GG, passa a abranger a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais, que somente podem ser utilizados, em princípio, com sua autorização. Essa norma consubstancia

um direito geral à autodeterminação sobre a informação, que somente é restringível se houver a contraposição de um interesse predominante da coletividade (SCHWABE, 2005, p. 233-235).

Na construção dessa norma concreta, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade abrange o poder do indivíduo de decidir, por si próprio, quando, quais e em que limites os fatos pessoais serão revelados, poder que, diante da evolução tecnológica atinente ao processamento automático de dados, depende de uma proteção especialmente intensa. A faculdade contemporânea e futura de armazenamento ilimitado, transmissão instantânea e consulta irrestrita de dados atentaria contra a autodeterminação individual, uma vez que não mais possibilitaria a determinação, com segurança, de quais informações sobre a sua pessoa são conhecidas nem por quem são acessadas, inibindo substancialmente a liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação (SCHWABE, 2005, p. 237).

Esse direito à autodeterminação informativa, porém, não é absoluto, mas restrito quanto às informações de interesse geral predominante, quer dizer, limitável excepcionalmente quando imprescindível para a consecução de um interesse público. Tais restrições exigem uma base constitucional que possibilite o conhecimento pelo cidadão, de forma clara e reconhecível, dos pressupostos e da extensão das limitações, atendendo ao princípio da transparência (ou clareza normativa) do Estado de Direito (SCHWABE, 2005, p. 237-239).

No Brasil, as previsões legislativas específicas para a proteção de dados são escassas. Tem-se, na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, a regulamentação dos bancos de dados e cadastros de consumidores em único dispositivo, o artigo 43. Além disso, há a regulamentação do chamado cadastro positivo pela Lei 12.414/2011, que 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.

Na doutrina, sustenta-se também que a proteção da privacidade dos dados por meio da concepção da autodeterminação informativa pode ser extraída da cláusula geral prevista no artigo 21 do Código Civil, conjugada com aquela de responsabilidade objetiva contida no artigo 187 do mesmo diploma legal e com os princípios do consentimento e da confiança. Segundo Cachapuz, o debate sobre a privacidade envolve o reconhecimento de uma autodeterminação informativa a toda pessoa e

> permite que se discuta, não apenas em que medida pretende o indivíduo participar de uma vida comum, compartilhando experiências tecnológicas, mas, inclusive, com que extensão também é possível ao indivíduo expressar seu desejo de aparecer e de fazer-se visto pelos demais. Conclui-se, portanto, que um conceito de autodeterminação informativa é capaz de exprimir duas realidades distintas, ainda que complementares: tanto o desejo da pessoa de querer, ou não, expor algo no espaço público – e, então, a discussão sobre a extensão de seu consentimento - , como o reconhecimento de um critério de objetivação da vontade em relação à conduta de tornar público aquilo que possa pertencer, com exclusividade, ao indivíduo. (2006. p. 289-290)

A jurisprudência brasileira sobre o tema é rica e, ao mesmo tempo, contraditória. Talvez, o fato de se decidir, comumente, sem qualquer indicação da eleição de um método de interpretação constitucional – segundo Silva (2010, p. 134), no Brasil, são apresentados comumente os métodos cunhados por Böckenförde e adaptados por Canotilho: hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual e método normativo-estruturante –, impeça a construção de respostas similares nos inúmeros tribunais brasileiros para casos idênticos.

Não é à toa que críticas contundentes são realizadas por Lênio Streck (2014, p. 57), que afirma que, no Brasil, teria ocorrido a recepção equivocada da Jurisprudência dos Valores, do Realismo norte-americano e da teoria da ponderação de Robert Alexy, que, no mais das vezes, são aplicadas sincreticamente.

Em tal panorama, a fim de se possibilitar o conhecimento empírico da jurisprudência brasileira, utiliza-se, nesta resenha, a inferência, que, segundo a definição apresentada por Ribeiro (2010, p. 82), com base no que sustentam Epstein e King, resume-se como um "processo de utilização de fatos conhecidos na apreensão de fatos não conhecidos (…), ou seja, inferior o conhecimento descritivo ou explicativo obtido por meio de uma 'amostra do mundo social para 'toda' realidade social sob investigação".

Para obter uma amostra que permitisse a generalização, evitando-se ainda uma manipulação inconsciente dos resultados, foram utilizados os bancos de dados jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

2. PROTEÇÃO DE DADOS APLICADA: NOTAS ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, constatou-se, em pesquisa realizada no dia 27 de julho de 2015, que a jurisprudência é unânime quanto à legitimidade da comercialização de dados nominativos pela pessoa jurídica PROCOB S/A. Elegeram-se, como paradigmas, os Acórdãos proferidos nas Apelações Cíveis n. 70063191274 e 70060157930, uma vez que figuraram como suporte para as demais decisões proferidas em casos idênticos.

Já no Superior Tribunal de Justiça, sobressaiu-se a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.419,697-RS, atinente ao sistema *credit scoring*, pois representativo de controvérsia, submetido ao rito previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Sobre os aludidos julgamentos realizados pelo Tribunal gaúcho, cabe informar, primeiramente, que a Procob S/A caracteriza-se por ser uma instituição exclusivamente privada, a qual obtém lucro por meio da comercialização de seu banco de dados a eventuais interessados, os quais podem ser tanto pessoas físicas, jurídicas ou profissionais que possuem registros em entidades de classes.

A sociedade, na sua página eletrônica na internet (www.procob.com), assevera que as informações constantes em seu cadastro estão atualizadas e se destinam a ofertar uma variedades de serviços ao interessado. É possível verificar as restrições daquelas pessoas que pretender celebrar algum negócio jurídico, se o nome ou razão social consta em cadastros de restrição ao crédito ou se possui pendências oriundas de contratos anteriores. Ainda busca fornecer um sistema de verificação "Anti-Fraude" online para e-Commerce, além de disponibilizar lista com contatos de potenciais consumidores para aquelas instituições em divulgar seus produtos. (PROCOB, 2015).

Em outras palavras, a Procob S/A é uma entidade privada que oferece acesso a mecanismos para aqueles que buscam "**Consultas Cadastrais, Proteção contra Fraudes Online e Presencial, Informações para Cobrança e Recuperação de Créditos, Negativação na Serasa Experian, envio de SMS (torpedo), elaboração de Mailing e Serviços Cartoriais"**. (PROCOB, 2015). (grifo do autor).

Não se percebe, na página da instituição, maior controle acerca do acesso ao respectivo banco de dados. Basta o preenchimento prévio de um cadastro e a aquisição de créditos mensurados monetariamente conforme o perfil declarado. Após, a cada consulta realizada, o valor pecuniário é descontado, variando de acordo com o serviço utilizado.

Entre os serviços oferecidos destaca-se: consulta de localização; consulta de restrições comerciais e pendências financeiras; negativação de devedores na base nacional de

inadimplentes do Serasa Experian; consulta de veículos nacionais; serviços cartoriais com busca de bens de titulares de CPF/CNPJ nacionais. (PROCOB, 2015).

Nesse sentir, é perceptível que o banco de dados da empresa é preenchido com dados que expõem individualidades daqueles que constam em seu cadastro, não sendo requisito o assentimento do cadastrado. Para exemplificar, é necessário apenas uma consulta para verificar o histórico das pessoas jurídicas ou físicas, entre elas dívidas e restrições de créditos (PROCOB, 2015).

Os votos condutores dos acordãos citados anteriormente, os quais auxiliam para sintetizar os argumentos e o posicionamento da Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), asseveram a legalidade da prática. Para sustentar sua posição, os julgadores baseiam-se na permissivo legal do artigo 43 do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC). Trata-se de texto legislativo que afirma ser legal a existência de banco de dados de consumidores.

Afastando a alegação de que haveria violação à vida privada, imagem e intimidade dos consumidores, além de expô-los a fraudes, utilizou-se como fundamento a inexistência de violação a dados sensíveis[1]. Assim, nos casos específicos, o armazenamento seria legítimo, pois tem como norte a proteção do crédito e das relações comerciais, não se tratando de informação que atinja a privacidade do indivíduo.

Ademais, afirma-se que as informações constantes no cadastro não se tratam de dados sigilosos, pois "os dados divulgados não são inquinados como sigilosos, pois se trata de informações fornecidas nas relações negociais cotidianas" (RIO GRANDE DO SUL, 2015b, p. 7).

Argumenta-se ainda que os consumidores cadastrados no banco da empresa não estão expostos ao uso indevido de dados e fraudes em virtude da atuação de terceiros de má-fé, pois a exposição de dados "é disponibilizada apenas a pessoas jurídicas ou profissionais liberais, mediante prévio cadastro, não havendo potencial risco de utilização indevida dos dados, a não ser aqueles inerentes ao mercado de consumo como um todo" (RIO GRANDE DO SUL, 2015b, p. 9).

Ainda no que tange aos julgados do Tribunal de Justiça gaúcho, a licitude da existência dos cadastramentos realizados não estará configurada se, havendo pedido expresso

---

1 "Os dados sensíveis são aqueles referentes à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, às convicções religiosas ou filosóficas, à filiação sindical ou associativa, bem como os relativos à saúde ou sexualidade. Por sua natureza distinta, devem ter especial proteção, a fim de evitar situações de discriminação." (LIMBERGER, 2007, p. 203).

"de fornecimento de informações sobre a metodologia do cadastro (critérios, variáveis e quantidade ou qualidade das informações colhidas)", este não seja atendido. (RIO GRANDE DO SUL, 2015a, p. 20-21).

Com relação ao chamado *credit scoring* ou *credscore,* cabe frisar que o julgamento do recurso foi realizado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, na sistema dos recursos especiais repetitivos.[2]

O *credit scoring* é um sistema de consulta fornecido ao mercado de consumo por empresas especializadas, com a finalidade de auxiliar na análise de concessão de crédito aos consumidores. É um sistema de pontuação do risco de concessão de crédito a determinado consumidor. Trata-se de método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, com atribuição de uma nota ao consumidor avaliado conforme a natureza da operação a ser realizada. (BRASIL, 2014, p. 10-11).

As informações dos consumidores são captadas pela pessoa jurídica em bancos de dados disponíveis na rede mundial de computadores; em seguida, os consumidores são classificados, com a atribuição de uma nota que irá definir o seu nível de inadimplência. A

2Estabelece o referido dispositivo legal: "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.
§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.
§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1o deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.
§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.
§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.
§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4o deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.
§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.
§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou.
II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.
§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7o deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.
§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

pontuação vai de zero (0) a um mil (1000) e, quanto maior a nota, menor será a chance de o consumidor não cumprir com sua obrigação de pagamento.

Nos termos do acórdão do STJ (BRASIL, 2014, p. 11),

> Aproveitando-se da facilidade contemporânea de acesso aos **bancos de dados disponíveis no mercado via 'internet'**, algumas empresas desenvolveram fórmulas matemáticas para avaliação do risco de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, atribuindo uma nota ao consumidor.
> As "variáveis de decisão" são fatores que a experiência empresarial denotou como relevantes para avaliação do risco de retorno do crédito concedido. Cada uma dessas variáveis recebe uma determinada pontuação, atribuída a partir de cálculos estatísticos, formando a nota final.
> Consideram-se informações acerca do adimplemento das obrigações **(histórico de crédito)**, assim como **dados pessoais do consumidor avaliado (idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço)**. [grifo nosso].

Percebe-se que os dados tem origem em diversas fontes, em variados banco de dados disponíveis na rede mundial de computadores, sendo que a empresa capta-os e, por meio de fórmula estatística, atribui uma nota e define a probabilidade de inadimplemento do consumidor. É importante destacar também que dados como idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes e endereço integram o cadastro.

No julgamento, foram firmadas as seguintes teses para fins de aplicação no julgamento dos demais recursos de temática similar:

> 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. (BRASIL, 2014, p. 3).

O reconhecimento da licitude da prática de referido procedimento irá repercutir em inúmeros outros recursos que estavam suspensos nos Tribunais de Justiça dos Estados

aguardando a avalição pela Corte Superior. Além, é claro, de difundir essa prática em escala ascendente nas relações de consumo.

O Relator destacou ainda, com base na Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), que, ao buscar resguardar a privacidade do cadastrado e o uso indevido das informações, o § 1º do art. 3º estipula que as informações armazenadas devem ser objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão e devem se restringir àquelas que sejam entendidas como necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado. Neste mesmo entendimento, o §3º do art. 3º disciplina que as informações tidas como excessivas ou sensíveis estão proibidas de serem anotadas (BRASIL, 2014, p. 38).

Entre as informações que não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de "credit scoring", entendeu o STJ "as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, ou excessivas, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor etc" (BRASIL, 2014, p. 38), as quais seriam sensíveis.

Ainda acerca da licitude do procedimento, destaca que

> No caso específico do "credit scoring", devem ser fornecidas ao consumidor **informações claras, precisas e pormenorizadas** acerca dos dados considerados e as **respectivas fontes** para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011.
> O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações **em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital**, não afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos, devendo-se apenas ressalvar dois aspectos:
> De um lado, a metodologia em si de cálculo da nota de risco de crédito ("credit scoring") constitui **segredo da atividade empresarial**, cujas fórmulas matemáticas e modelos estatísticos naturalmente não precisam ser divulgadas (art. 5º, IV, da Lei 12.414/2011: ..."resguardado o segredo empresarial").
> De outro lado, não se pode exigir o prévio e expresso consentimento do consumidor avaliado, pois **não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico**. [grifo nosso]. (BRASIL, 2014, p. 37).

O entendimento que prevaleceu, portanto, é que o *credit scoring* não se constitui um banco de dados, mas tão somente um modelo estatístico, devendo observar os requisitos previsto no Código Brasileiro do Consumidor e na Lei do Cadastro Positivo.

3. A NÃO VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E A NECESSÁRIA RELEITURA DAS FORMAS DE ARMAZENAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Os Acórdãos brasileiros analisados, assim como o caso do censo julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, fazem referência à "autodeterminação informativa". Trata-se

de direito que orienta até hoje a proteção de dados pessoais na Alemanha e exerce grande influência em países do sistsema jurídico romano-germânico, encontrando acolhida também no Tribunal Constitucional Espanhol na sua sentença 254/93 (DONEDA, 2006, p. 196-197).

O núcleo da autodeterminação informativa, enquanto relacionada ao aspecto básico do direito à intimidade, constitui-se na faculdade que a pessoa detém de escolher sobre a divulgação, revelação, ou não de informações que diretamente a ela se referem. Isso porque a intimidade, mais que um estado de autoconfinamento, supõe uma qualidade na interação entre os indivíduos: trata-se de uma condição ou qualidade social da pessoa, que é objeto de tutela constitucional na medida em que esta pode ter o legítimo direito a não revelar aos demais determinados aspectos de suas relacões com outras pessoas, que o titular do direito julga devam permanecer em um plano reservado ao privado. (PODLECH apud PERÉZ LUÑO, 2012, p. 93).

A importância da proteção da intimidade e privacidade ganha relevo ainda mais quando considerado o atual estado tecnológico das sociedades. É inegável a influência que as novas tecnologias, como a internet, as mídias sociais, banco de dados informatizados, têm adquirido no cotidiano dos indivíduos. Ao mesmo tempo que facilitam e tornam mais prática e célere a vida, referidos mecanismos tornam vulneráveis aspectos da vida privada que o respectivo titular não possui interesse que se tornam públicos.

Hordiernamente, a proteção à intimidade não se refere unicamente à pessoa no âmbito da sua individualidade, mas na sua intereção com o meio social. Tutela-se a liberdade, a dignidade humana e a possibilidade de desenvolvimento autônomo da personalidade. Assim, "A crise dos conceitos de intimidade e privacidade dá-se, então, pelo fato de que a proteção do direito à discrição, ao anonimato e à solidão ou a ser deixado só não mais atendem às demandas da sociedade tecnológica contemporânea" (CUEVA, 2012, p. 240).

As manifestações sociais do direito à intimidade e privacidade estão presentes nos sistemas de avaliação acerca da vida pregressa do consumidor, como os citados na seção anterior. Há uma evidente antítese entre o direito à intimidade e privacidade e o direito à informação daqueles que comercializam o banco de dados ou a que a este acessam para se certificar acerca de suposta integridade comercial e financeira de determinada pessoa.

As fontes que alimentam os bancos de dados das empresas sedizentes protetoras de crédito não ficam suficientemente esclarecidas. De acordo com o que se percebe, vários são os locais em que os dados são captados, dificultando a análise em determinadas circunstâncias até mesmo da licitude da informação.

De acordo com o mencionado nos argumentos dos acórdãos analisados, referidos dados são captados a partir de "informações fornecidas nas relações negociais cotidianas" (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015b, p. 7). Referida circunstância serviu, inclusive, como fundamentação para afastar a característica do sigilo dos dados.

Contudo, referido argumento contraria o princípio da finalidade, segundo o qual "toda utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da sua coleta" (DONEDA, 2006, p. 216). É a partir desse princípio que se fundamenta a restrição de transferência de dados pessoais a terceiros, além de auxiliar para a formulação de um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade, sendo que eventual desvio caracterizaria a abusividade.

Utilizar-se de dados fornecidos pelos indivíduos em outras relações comerciais ou fornecidas como condição para a prestação de determinado serviço ou aquisição de materiais não pode ser validado pelo ordenamento jurídico. É preciso resguardar as informações para dar maior proteção a aspectos peculiares e informações pessoais de cada um.

O argumento de que os arquivos de dados não estão constituídos de dados sensíveis, pois teriam como norte a proteção do crédito e das relações comerciais, não atingindo, assim, a privacidade, igualmente não se sustenta. Não se pode garantir que a busca de informações armazenadas em diversos locais e fornecidas pelo consumidor para fins específicos não irá encontrar dados que possam afetar a vida privada das pessoas nem que sirvam de fomento a atividades discriminatórias. As informações muitas vezes disponibilizadas e exigidas nas relações comerciais possuem caráter personalíssimo.

Acerca da mercantilização dos dados, Perez Luño (2012, p. 120) destaca que a intimidade na sociedade da informação e do consumo tem se convertido, em muitas ocasiões, em uma mercadoria cujo valor se calcula nos termos da lei da oferta e da procura. Nessas condições a intimidade de cada um vale o que os demais, especialmente os meios de comunicação, estão dispostos a pagar para publicá-la.

Ademais, não é possível desconsiderar que, com o uso das novas tecnologias, a possibilidade de tratamento dos dados utilizados ganham dimensões que colocam em risco a privacidade e intimidade. Consoante Vittorio Frosini (*apud* DONEDA, 2006, p. 195), "um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado 'sem importância'".

O interesse na obtenção por terceiros de má-fé dos dados armazenados coloca em risco a segurança dos sistemas. A prática de mercantilizar e comercializar dados pessoais termina por facilitar a obtenção dos dados por uma gama de pessoas com os mais variados interesses, sejam estes legítimos ou não. Basta que se tenha o valor pecuniário exigido para que se obtenham os dados.

Referida conduta, portanto, acaba reduzindo os dados pessoais, privados e íntimos a meros bem jurídicos patrimonializados. Contudo, tratando-se de dados personalíssimos, sendo a privacidade e a intimidade direitos fundamentais individuais diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, não é possível admitir que sejam quantificados pecuniarimente.

A transferência não autorizada de dados da igual forma deve ser rechada nessas operações, pois também viola além o princípio da finalidade do fornecimento da informação ou dado.

Cabe referir, de acordo com Doneda (2006, p. 215 a 217), que, além do princípio da finalidade, constituem núcleo comum entre várias normativas protetoras de dados pessoais os princípios da (a) publicidade ou da transparência, (b) da exatidão, (c) do livre acesso e (d) da segurança física e lógica.

O primeiro (a) está atrelado ao sentido de que referidos bancos devem ser de conhecimento público (seja por meio da exigência de autorização prévia para seu funcionamento, pela notificação de sua criação a uma autoridade ou pela divulgação de relatórios períodicos). Além disso, os dados devem ser fiéis à realidade, exigindo que a coleta e seu tratamento sejam feitos com cuidado e correção e que sejam realizadas atualizações períodicas destes dados conforme a necessidade (b).

Ainda entre as características citadas pelo autor nominado, os indivíduos devem ter acesso ao banco de dados no qual as suas informações estão armazenadas, podendo obter cópias dos registros com intuito principalmente de fiscalizar os registros constantes (c). Por fim, os dados devem ser protegidos contra riscos de extravio, destruição, modificação, transmissão e acesso não autorizado (d).

Nesse contexto, percebe-se a relevância de os instrumentos normativos estabelecerem garantias à privacidade e intimidade dos indivíduos acerca da proteção dos dados armazenados em bancos de dados, sejam eles geridos por entidades públicas ou privadas. A análise dos casos postos à discussão no âmbito do Poder Judiciário também necessita ser realizada sob essa perspectiva de proteção da privacidade do indíviduo, pois não se pode admitir a colocação em risco de dados pessoais, referentes à privacidade e intimidade, apenas para fins de proteção econômica das relações comerciais.

Outrossim, no entendimento dos autores, as observações anteriores aplicam-se na sua integralidade ao caso do *credit scoring* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Muito embora a Corte tenha firmado o entendimento de que a prática não constitui um cadastro ou banco de dados, mas um modelo estatístico (BRASIL, 2014, p. 37), este não parece ser o melhor entendimento.

De acordo com o que se observa, os dados são buscados em banco de dados disponíveis no mercado na rede mundial de computadores. Portanto, mesmo que a empresa que atribui uma nota definidora do risco de inadimplento não os armazene, a fonte das informações são de bancos de dados.

Ademais, além do histórico de crédito, ou seja, das relações comerciais realizadas anteriormente pelos consumidores, são captados dados pessoais, entre eles: "idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço" (BRASIL, 2014, p. 11). Trata-se de informações atreladas à privacidade e à intimidade dos indivíduos, especialmente quando recebem tratamento (recepção, produção, reprodução, utilização, acesso, transporte, transmissão, distribuição, armazenamento e eliminação) por pessoas com intenções maliciosas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mundialmente, mas com mais expressão no Brasil, a definição precisa do âmbito de proteção da privacidade ainda não está plentamente satisfeita. Seguramente, diante da incontível revolução tecnológica, da massificação da internet e da explosão da comunicação, a problemática sobre os contornos da vida privada é potencializada, notadamente no que tange ao armazenamento, à consulta e à transmissão de dados.

No Brasil, as previsões legislativas específicas para a proteção de dados limitam-se ao artigo 43 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – e à regulamentação do chamado cadastro positivo pela Lei 12.414/2011, que 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. Há quem sustente, ainda, que a proteção da privacidade dos dados pode ser extraída da cláusula geral prevista no artigo 21 do Código Civil, conjugada com aquela de responsabilidade objetiva contida no artigo 187 do mesmo diploma legal e com os princípios do consentimento e da confiança.

A análise da doutrina estrangeira e, especialmente, de um precedente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, constituído em julgamento realizado no dia de 15 de

dezembro de 1983 (*BverfGE 65,1*), forjou-se o conceito de autodeterminação informativa, do qual decorrem princípios que protejem o indivíduo contra o levantamento, armazenamento, uso e transmissão de dados pessoai sem a sua autorização, salvo se houver a contraposição de um interesse predominante da coletividade; garantem a possibilidade de se determinar quais as informações pessoais podem ser conhecidas por terceiro e por quem poderão ser acessadas; exigem que a utilização dos dados pessoais obedeça à finalidade comunicada ao interessado no momento da coleta (princípio da finalidade); impõem a publicidade dos bancos de dados (princípio da publicidade ou transparência); exigem que os dados sejam escorreitos, fiéis à realidade (princípio da exatidão); obrigam que se dê acessibilidade aos indivíduos que têm os dados armazenados, a fim de que possam fiscalizá-los e exigir retificação (princípio do livre acesso); e determinam a tomada de providências para evitar os riscos de extravio destruição, modificação, transmissão e acesso não autorizado (princípio da segurança física e lógica).

O exame da jurisprudência brasileira revelou a existência de uma rica gama de precedentes, que se apresentaram muitas vezes, porém, contraditórios. Destarte, a fim de se possibilitar o conhecimento empírico da jurisprudência brasileira, utilizou-se o método da inferência, aplicado aos bancos de dados jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, constatou-se que a jurisprudência é unânime quanto à legitimidade da comercialização de dados nominativos pela pessoa jurídica PROCOB S/A. Já no Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no Recurso Especial n. 1.419,697-RS, certificou-se uma suposta legitimidade do sistema chamado *credit scoring* ou *credscore.*

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os fundamentos centrais residem no permissivo legal previsto no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor; na consideração de que os dados comercializados não se enquadrariam no conceito de dados sensíveis, não sendo, pois, sigilosos, na medida em que fornecidos nas relações negociais cotidianas; na assertiva de que, com a exigência de prévia cadastro pela pessoa jurídica que mercantiliza os dados, não haveria a exposição a fraudes; e, finalmente, no fato de que, com pedido expresso, o conhecimento dos dados pode ser disponibilizado.

Em relação ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que o sistema credit scoring não se constitui em um banco de dados, mas, sim, em um modelo estatístico; que, logo, o sistema estaria amparado pelos artigos 5º, IV, e 7º, I, da Lei n. 12.414/2011.

Porém, o confronto entre as premissas fáticas firmadas pelos Acórdãos e os princípios acima citados revelou que, na verdade, as práticas não estão em consonância com a proteção constitucional da privacidade, com o princípio da autodeterminação informativa.

Com efeito, as manifestações sociais do direito à intimidade e à privacidade estão presentes na prática do comércio de dados pessoais, bem como no sistema de avaliação da vida pregressa do consumidor, consubstanciando uma verdadeira evidente antítese entre o direito fundamental do cidadão e o direito à informação daqueles que comercializam e se utilizam dos bancos de dados.

Constatou-se que as fontes que alimentam os bancos de dados das empresas sedizentes protetoras de crédito não são suficientemente esclarecidas, dificultando a análise em determinadas circunstâncias até mesmo da licitude da informação e atentando frontalmente contra o princípio da finalidade, na medida em que desvincula o dado da origem que justificou a sua autoexposição pelo cidadão.

De modo ainda mais evidente, mostrou-se haver inequívoca afronta da autodeterminação informativa por não se exigir o consentimento do consumidor para o armazenamento, transmissão e consulta dos dados, impedindo-lhe de conhecer as pessoas que têm acesso e os usos que deles são realizados.

Finalmente, concluiu-se que as práticas ratificadas pelos tribunais nacionais permitem a mercantilização de aspectos sensíveis da personalidade da pessoa, permitindo que, em contraposição ao axioma da dignidade da pessoa humana, aspectos integrantes da sua privacidade sejam quantificáveis pecuniariamente, ou seja, transforma a intimidade em uma mercadoria submetida à lei da oferta e da procura.

Nesse sentido, a hipótese inicial levantada se confirma, pois os Tribunais citados não têm observado os princípios e dispositivos legais que servem de sustentação à proteção de dados pessoais no Brasil. A inadequada proteção de dados ligados a aspectos privados do indivíduo, como os chamados dados sensíveis, afetam direitos fundamentais como o direito à privacidade, intimidade e à igualdade.

A partir do contexto apresentado, é perceptível a importância do aprofundamento das discussões acerca do direito à autodeterminação informativa ou, mais precisamente, à proteção dos dados pessoais fornecidos pelas pessoas nas diversas relações que se estabelecem diariamente. É preciso estabelecer de forma mais transparente a forma como os dados devem ser armazenados, utilizados, as respectivas responsabilidades e se é possível o compartilhamento entre os diferentes entes, sejam eles privados ou públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão em Recurso Especial nº 1.419.697 - RS (2013/0386285-0)**. Recorrente: Boa Vista Serviços S/A. Recorrida: Anderson Guilherme Prado Soares. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 nov. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1343042&num_registro=201303862850&data=20141117&formato=HTML>. Acesso em: 01 ago. 2015.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro**: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

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

HESSE, KONRAD. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos em la sociedad tecnologica**. Madrid: Universitas, 2012.

PROCOB. **PROCOB S/A**. 2015.Disponível em: <https://www.procob.com>. Acesso em: 01 ago 2015.

RIBEIRO, Leandro Ricardo. Estudos empíricos no direito: questões metodológicas. In: CUNHA, José Ricardo. **Poder Judiciário**: Novos olhares sobre a gestão e jurisdição. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 71-95.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70060157930**, da 5ª Câmara Cível. Apelantes: Jocemar Figueiredo Scalcon. Apelado: PROCOB S.A. Relatora: Maria Cláudia Mércio Cachapuz. Porto Alegre, 8 abr. 2015a. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70060157930&code=1791&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%205.%20CAMARA%20CIVEL%20-%20SERVI%C7O%20APOIO%20JURISD>. Acesso em: 02 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70063191274**, da 10ª Câmara Cível. Apelantes: Jamir Francisco Dalenogare. Apelado: PROCOB S.A. Relator:

Paulo Roberto Lessa Franz. Porto Alegre, 12 fev. 2015b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=70063191274&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 02 ago. 2015.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfang. Direitos fundamentais em espécie. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfang. **Curso de direito constitucional**. (Org.). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **50 anos de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão**. Tradução: Beatriz Hennig et all. Montevidéu: Fundacion Konrad-Adenauer, 2005. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em: 23 jun 2015.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.