

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL METRADO

Ana Paula Jacobus Pezzi

A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS
NOS ARQUIVOS DE CONSUMO:
em busca da concretização do direito à privacidade

São Leopoldo
2007

Ana Paula Jacobus Pezzi

A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS
NOS ARQUIVOS DE CONSUMO:
em busca da concretização do direito à privacidade

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, à Universidade do Vale do Rio dos Sinos como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Doutora Têmis Limberger

São Leopoldo
2007

(Catalogação na publicação)

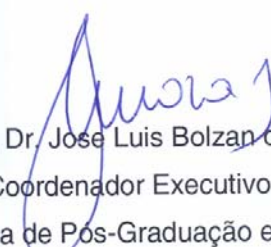
P522n Pezzi, Ana Paula Jacobus
A necessidade de proteção dos dados pessoais nos arquivos de consumo : em busca da concretização do direito à privacidade / por Ana Paula Jacobus Pezzi. –2007.
215 f.
Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-graduação em direito, 2007.
Orientação: Dra. Têmis Limberger
1. Direito à privacidade. 2. Dados Pessoais. 3. Relação de consumo. 4. Direito Constitucional. I. Título.
CDU 343.45

Bibliotecária responsável: Débora Dornsbach Soares – CRB-10/1700


UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “*A Necessidade de Proteção dos Dados Pessoais nos Arquivos de Consumo – em busca da concretização do direito à privacidade*”, elaborada pela aluna Ana Paula Jacobus Pezzi, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 30 de agosto de 2007.


Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger 

Membro: Dr. Voltaire de Lima Moraes 

Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos 

AGRADECIMENTOS

Imprescindível, mesmo que de forma breve, agradecer e demonstrar todo o meu carinho a quem acompanhou e incentivou a gestação desta dissertação que, de um processo tormentoso, em que medos e angústias se afloraram, tornou-se uma agradável surpresa em forma de superação.

Em especial, agradeço à minha orientadora Profa. Dra. Têmis Limberger pela generosidade acadêmica na construção das idéias que compõem esse trabalho. Toda a sua dedicação e empenho, mesmo com a minha distância, me fazem admirá-la ainda mais.

Agradeço, ainda, a Profa. Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella, pelo incentivo inicial e pela contribuição doutrinária e intelectual nas primeiras linhas deste trabalho.

Aos professores, colegas e funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos agradeço, como um todo para não cometer injustiças, pela oportunidade de desenvolvimento intelectual, pelo apoio e pelo estímulo.

Agradeço à minha família e a todos os “agregados”, pelo suporte emocional e pela logística, em razão da distância, que somente assim, permitiu a conclusão deste trabalho. Minha eterna gratidão!

Por fim, mas não menos importante, ao Leandro que, no início era apenas uma descoberta e hoje é meu porto seguro.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é a análise jurídica da proteção de dados pessoais nos arquivos de consumo como forma de concretização do direito à privacidade. O direito à privacidade evoluiu juntamente com a mudança histórica de um Estado Liberal para um Estado Social. Sua compreensão, que partiu de um enfoque negativo, o direito de estar só, agregou um enfoque positivo, que compreende a exigência de ações concretas para sua efetividade. Em razão do impacto informático, esse duplo aspecto está relacionado, de um lado, com o resguardo dos dados e, de outro, pelo direito de acesso, retificação e de esquecimento. A partir desse contexto, se estabelece a necessidade de proteção de dados pessoais para afirmar o livre desenvolvimento da personalidade, principalmente após o deslocamento da pessoa para o centro das relações jurídicas. O trabalho se norteia pela aplicação dos valores positivados na Constituição, fundada no princípio da dignidade humana, que irradia seus efeitos em todo o ordenamento jurídico, o que reflete na alteração das relações jurídicas privadas em um processo de repersonalização. Deste modo, o indivíduo que era retratado, em virtude da igualdade formal, de forma abstrata pelo ordenamento jurídico, se transforma em um ser situado, concreto, imerso nos valores e na historicidade da sociedade, desenvolvendo sua personalidade como ser coletivo. As relações de consumo, portanto, devem atuar de acordo com a temática proposta, sendo sua interpretação conjugada com os princípios constitucionais. Em razão da potencialidade lesiva aos direitos de personalidade, o desafio proposto na dissertação é conjugar a legislação consumerista à necessidade de proteção de dados pessoais nos arquivos de consumo, de forma a alcançar a concretização do direito à privacidade. Com efeito, o objetivo é poder apurar, dentro de uma nova matriz hermenêutica, o regime próprio dos arquivos de consumo em face da proteção dos dados pessoais, incluindo o sistema de reparação de danos, considerando os constantes desvios de finalidade e abusos cometidos em comercializações e transferências indevidas. Para tanto, a boa-fé objetiva foi considerada de imprescindível aplicação nas relações de consumo. Referido princípio se posiciona como abertura para uma interpretação extensiva da legislação consumerista à proteção de dados pessoais o que enaltece a dignidade humana, bem como estabelece as condições necessárias para o adequado funcionamento dos arquivos de consumo, de forma a preservar o livre desenvolvimento da personalidade e assegurar o direito à privacidade.

PALAVRAS-CHAVES: Privacidade. Direito à Privacidade. Direito à Informação. Autodeterminação Informativa. Proteção de Dados Pessoais. Relações de Consumo. Arquivos de Consumo. Princípio da Boa Fé-Objetiva.

ABSTRACT

This study aims to legally analyze the protection of personal data in consumer files as a way to render privacy law. The right to privacy evolved with the historic change from a liberal State to a social State. Its comprehension, which began with a negative focus, the right to be alone, has gained a positive focus, which comprises the requirement for concrete action to be effective. As a result of the impact of information technology, this double aspect is characterized on the one side by the right to keep data, and on the other by the right to access, rectification and elimination. From this context the need has been established for the protection of personal data to affirm the free development of the personality, mainly after the shifting of the person to the core of legal relations. This work is guided by the application of positive values in the Constitution, based on the principle of human dignity, which irradiates its effects throughout the legal order, which is reflected in the alteration of private legal relations in a process of repersonalization. In this way, the individual that was portrayed by the legal order in an abstract manner in virtue of formal equality has been transformed into a situated, concrete being, immersed in the values and historicity of society, developing its personality as a collective being. The relations of consumption, therefore, must operate in accord with the thematic proposal, their interpretation being conjugated with constitutional principles. Due to the harmful potential for personality rights, the challenge proposed in this dissertation is to conjugate consumerist legislation with the need for the protection of personal data in consumer files, in order to render the right to privacy. Effectively, the objective is to be able to investigate, within a new hermeneutical matrix, the regime of consumer files themselves given the protection of personal data, including the system of reparation for damage, considering the constant deviations of purpose and abuses committed in marketing and improper transfers. To this end, the principle of objective good faith was considered an essential application in the relations of consumption. The extensive interpretation made possible by such an application elevates human dignity as well as establishing the necessary conditions for the correct operation of consumer files in order to preserve the free development of the personality and to assure the right to privacy.

KEY WORDS: Privacy. Right to Privacy. Right to Information. Informative Self-Determination. Protection of Personal Data. Consumer Relations. Consumer Files. Principle of Objective Good Faith.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A PESSOA HUMANA E A PRIVACIDADE: novos contornos para a construção da esfera privada	17
1.1 LINHAS HISTÓRICAS DO DIREITO À PRIVACIDADE	17
1.2 CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE	23
1.2.1 O Direito à Privacidade como Direito Fundamental	26
1.2.2 A Constituição Federal Brasileira e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como critério interpretativo do ordenamento jurídico	31
1.2.3 O Direito à Privacidade como Direito de Personalidade.....	36
1.3 O IMPACTO DO FENÔMENO INFORMÁTICO	45
1.4 PERFIL ATUAL DA PRIVACIDADE	50
2 INFORMAÇÃO E PRIVACIDADE: A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS.....	62
2.1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	62
2.2 O INTERESSE JURÍDICO DA INFORMAÇÃO: A TECNOLOGIA COMO VETOR DA DIFERENÇA	66
2.3 INFORMAÇÃO, PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	72
2.4 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	77
2.5 PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	84
2.5.1 A Finalidade do Consentimento à Luz dos Princípios que Norteiam a Proteção de Dados.....	87
2.6 DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E SEU TRATAMENTO EM BANCOS DE DADOS	90
2.7 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS – A EXPERIÊNCIA ALIENÍGENA	93

2.7.1 Normativas Europeias sobre Proteção de Dados Pessoais	97
2.7.2 A Proteção de Dados Pessoais nas Legislações da América Latina	104
2.8 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DADOS	107
2.8.1 <i>HABEAS DATA</i> - Origem e Generalidades	109
2.8.2 A Lei nº 9.507/97 e o Procedimento do <i>Habeas Data</i>	111
3 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E OS ARQUIVOS DE CONSUMO	118
3.1 SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONSUMO EM MASSA: A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR	118
3.1.1 Fundamento Constitucional na Legislação Brasileira da Tutela do Consumidor	120
3.1.2 Visão Geral do Código de Defesa do Consumidor.....	123
3.2 OS ARQUIVOS DE CONSUMO NA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA	127
3.2.1 Arquivos de Consumo, a Evolução Tecnológica e o <i>Marketing</i>	133
3.2.2 Os Princípios da Legislação Consumerista e sua Relação com os Arquivos de Consumo.....	140
3.2.3 O Princípio da Boa-fé Objetiva como Abertura para uma Interpretação Extensiva do CDC à Proteção dos Dados Pessoais	144
3.2.4 Abrangência de Aplicação da Legislação Consumerista nos Arquivos de Consumo	151
3.3 LIMITAÇÕES JURÍDICAS À ATUAÇÃO DOS ARQUIVOS DE CONSUMO.....	160
3.3.1 Garantia de Acesso às Informações pelo Consumidor	161
3.3.1.1 <i>O Habeas Data como Garantia Jurídica das Relações de Consumo – o Veto ao artigo 86 do CDC</i>	164
3.3.2 Restrições quanto ao Conteúdo das Informações Arquivadas	166
3.3.2.1 <i>Interpretação Jurídica de Dados Objetivos, Claros, Verdadeiros e de Linguagem de Fácil Compreensão</i>	167
3.3.3 Garantia de Comunicação Prévia da Abertura de Cadastro.....	169
3.3.4 Garantia de Retificação de Informação Arquivada.....	172
3.3.5 Garantia de Utilização dos Dados de acordo com os Fins para os quais foram Coletados e Armazenados.....	175
3.3.6 Direito de Esquecimento: Limites Temporais.....	177
3.3.7 Atribuição de Caráter Público aos Arquivos de Consumo.....	181
3.4 O SISTEMA DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ARQUIVOS DE CONSUMO	182
3.4.1 Danos Indenizáveis: Patrimonial e Moral	187
3.4.2 A Reparação dos Danos Decorrentes de Arquivos de Consumo	190
3.4.2.1 <i>Responsabilidade Objetiva</i>	192
3.4.2.2 <i>Responsabilidade Solidária</i>	195

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....199

REFERÊNCIAS.....207

INTRODUÇÃO

A privacidade é um tema que está na atualidade pelo seu fascínio misterioso que escancara um emaranhado tecnológico que devassa e expõe, de forma crescente, o lado mais recôndito de cada pessoa, muitas vezes sem ela mesmo saber, encobrimo um questionamento mais profundo sobre as liberdades pessoais.

O descontrolo e a incerteza sobre quem dispõe ou possui acesso a dados pessoais ultrapassa o poder de escolha que delimita e define a esfera pessoal de cada ser humano, desnudando o mais íntimo de forma avassaladora. A necessidade de tutela jurídica para aqueles que confiam seus dados pessoais à entidades públicas ou privadas se torna evidente na medida que esses dados possuem um valor econômico em razão da sua utilização para fins comerciais.

Se de fato existe uma estrutura que permite esse avanço aos limites da privacidade, estes são os denominados bancos de dados. Com capacidade cada vez maior de armazenar dados, sejam eles textos, imagens ou sons, potencializam geometricamente a importância e o papel da informação da sociedade atual. Não somente em quantidade, mas em qualidade ganha aquele que domina o conhecimento das tecnologias da informação. Os bancos de dados se tornam um instrumental perfeito para esmagar os limites da privacidade.

Desse modo, se é perceptível o valor de se ter um banco de dados organizado individualmente, o que se dirá quando os mesmos são cruzados. O poder que emana dessa fusão se consagra em uma informação mais precisa, porém mais invasiva haja vista que os dados são reflexos da personalidade, revelando hábitos, gostos e preferências capazes de construir um perfil virtual. Esse poder toma uma dimensão ainda maior em virtude da facilidade de transmissão e

circulação dos dados. Em segundos é possível se buscar informações e se traçar o perfil de determinada pessoa. As noções de tempo e espaço se perdem na fluidez que caracteriza a sociedade da informação.

As relações de consumo se aproveitam diretamente destas novas técnicas de elaboração de perfis de consumo para identificar traços de personalidade que irão guiar toda a estratégia de *marketing* e vendas e também, o desenvolvimento de novos produtos e serviços. É o cidadão convertido no “homem de cristal”.¹

Exemplos não faltam. Um curso de pós-graduação pode utilizar um banco de dados de uma editora de revistas especializada no segmento do curso que pretende promover. Uma empresa de seguro saúde pode utilizar o banco de dados de uma loja esportiva e identificar quem são as pessoas que potencialmente não precisarão de serviços médicos. Uma financeira se apropriando de um banco de dados de uma loja de departamento pode oferecer cartões de crédito a quem lhe interessar em razão do histórico do seu crédito.

A proporção dos reflexos possíveis com esses cruzamentos se dimensiona de tal forma quando, órgãos do próprio Estado tomam iniciativas para disponibilizar informações pessoais de seus cidadãos. Os jornais passam a estampar o debate sobre a possibilidade de empresas terceirizadas administrarem e comercializarem o cadastro de segurança pública do Estado de São Paulo, em troca da modernização do banco de dados.² O mais recente debate advém de um novo sistema implantado pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) que permitirá que os planos de saúde acessem dados sigilosos do paciente. Mesmo sendo criado para nortear o intercâmbio de dados entre os planos e os prestadores de serviço, melhorar a qualidade de gestão e coletar informações epidemiológicas, necessárias para o planejamento de políticas de saúde, a medida choca-se com o sigilo médico-

¹ Expressão utilizada na sentença do Tribunal Constitucional Alemão de 15 de dezembro de 1983 quando foi reconhecido que o livre desenvolvimento da personalidade pressupõe uma proteção na coleta, no armazenamento e na utilização dos dados pessoais. A partir deste entendimento é depreendida a faculdade de autodeterminação informativa (BOLETÍN DE JURISPRUDÊNCIA, n.33, p. 137, ene. 1994. *Apud* LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.58).

² Notícia disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u122377.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2006.

paciente e fornece um manancial de informações para o setor privado das seguradoras de saúde, capaz de restringir seu acesso a possíveis segurados.³

A *Internet* também deflagra o potencial lesivo da privacidade em razão da quantidade de informações que circulam em suas redes. Os conhecidos *sites* de busca acumulam a cada acesso e a cada busca, informações sobre gostos, interesses, crenças que podem ser usadas por terceiros. Na realidade, não se percebe, mas a publicidade desses *sites* é sempre direcionada a partir das informações pessoais coletadas, personalizando o acesso do usuário. Conforme as pessoas dedicam mais tempo à *Internet* e descobrem o volume de informação que tais *sites* colhem, cresce o temor de que revelações pessoais, embaraçosas ou até mesmo intrusivas, verdadeiras ou falsas, possam estar a apenas uma busca de distância de qualquer interessado.⁴

As relações de consumo, que já denotam a vulnerabilidade por si só de uma das partes⁵, o consumidor, ficam, assim, mais desequilibradas em razão da força e do impacto da utilização dos bancos de dados e cadastros de consumidores.

A motivação para o enfretamento proposto neste trabalho se consolidou e fortaleceu a cada preenchimento de formulários de cadastros que livre e espontaneamente foram incluídos em diversos bancos de dados de supermercados,

³ Notícia disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2106200701.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2007.

⁴ Este potencial lesivo dos *sites* de buscas está sendo alvo atualmente de entidade como a *Privacy International*, organismo britânico de defesa à privacidade que formula ranking de empresas hostis à privacidade. Notícia disponível em: <http://br.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx?type=internetNews&storyID=2007-06-11T135002Z_01_N11471596_RTRIDST_0_INTERNET-TECH-GOOGLE-POL.XML>. Acesso em: 28 jun. 2007.

Ainda há iniciativas recentes por parte da agência de proteção de dados da União Européia em expandir as investigações aos *sites* de busca em razão do tempo de retenção dos dados pessoais, isto é, o tempo que todas as informações da busca realizada pelo usuário ficam registradas. Essa é uma das formas mais evidentes de invasão de privacidade. Disponível em: <http://br.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx?type=internetNews&storyID=2007-06-21T150332Z_01_N21466404_RTRIDST_0_INTERNET-TECH-GOOGLE-POL.XML&archived=False>. Acesso em: 28 jun. 2007.

⁵ O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, reconhece o princípio da vulnerabilidade em seu artigo 4º., I: A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;[...].

clínicas médicas, odontológicas, estéticas, revendas, concessionárias, lojas, sejam eles virtuais ou não.

O questionamento posterior sobre o que era feito com os dados pessoais disponibilizados, em posse de quem poderiam ser localizados e para qual finalidade se destinariam, formou o substrato necessário para analisar juridicamente a proteção dos dados pessoais nas relações de consumo, mais precisamente quando se trata de arquivos de consumo.

Partiu-se, então, de um paradoxo: se para o livre desenvolvimento da personalidade o indivíduo tem o poder de dispor sobre a revelação e a utilização de seus dados pessoais, quais são as garantias existentes para não haver abusos e desvios no momento em que os dados pessoais forem disponibilizados, sem deixar susceptível o direito à privacidade.

Justificada a escolha do tema cabem os esclarecimentos necessários sobre a estrutura do presente trabalho e a forma como está disposto, facilitando sua compreensão. Para tanto, procurou se desenvolver o conteúdo em três níveis.

Dentro do primeiro capítulo, está disposto o debate acerca dos novos contornos do conceito de privacidade e a importância da análise do contexto histórico-temporal na determinação do seu conteúdo.

A partir da constatação de que os limites da privacidade foram derrubados pela insuficiência do fundamento liberal-oitocentista, dos seus destroços se pretende restabelecer o que outrora era tão visível e delimitado. Assim, por meio das linhas históricas do direito à privacidade se procurou consolidá-lo como direito fundamental, bem como direito de personalidade.

O pano de fundo teórico utilizado foi o deslocamento da pessoa humana para o centro das relações jurídicas tanto públicas quanto privadas, isto é, o reconhecimento da primazia da pessoa humana sobre o Estado, identificando a pessoa como um fim em si mesma e o Estado apenas um meio para a garantia e a promoção dos seus direitos fundamentais. O princípio da dignidade humana

constitucionalmente assegurado como fonte irradiadora de efeitos, está refletido no processo de repersonalização do Direito Civil, isto é, o indivíduo que era retratado, em virtude da igualdade formal, de forma abstrata pelo ordenamento jurídico, se transforma em um ser situado, concreto, imerso nos valores e na historicidade da sociedade, desenvolvendo sua personalidade como ser coletivo. Isso garantiu o destaque e a efetividade dos direitos de personalidade nas relações privadas e, em consequência, do direito à privacidade.

Aliado ao fenômeno informático, o perfil da privacidade passa a compreender não somente o direito de estar só, de não ter seus dados revelados, mas também o direito de acesso e retificação tanto quanto o direito de esquecimento que está vinculado aos limites temporais máximos em que os dados pessoais poderão ficar armazenados. A informação se torna objeto da privacidade e se vincula, assim, a construção da esfera privada, ou seja, ao livre desenvolvimento da personalidade. É exatamente por se tratar da essência da pessoa humana, enquanto sujeito de direitos, o que engloba interesses diversos, que se opta, no corpo do trabalho, em utilizar a expressão privacidade em detrimento de intimidade ou vida privada.

Como a lendária Phoenix, ave que renasceu das cinzas, o perfil da privacidade está renascendo a partir de novos modelos de interpretação nos quais a pessoa é o cerne do ordenamento jurídico, o que traz um enfoque mais humanista para o seu conteúdo.

Em decorrência da importância da informação neste perfil atual da privacidade, o segundo capítulo pretende consolidar a necessidade de tutela específica para os dados pessoais.

A ênfase a ser destacada em um primeiro momento desse capítulo é a informação como cerne estruturante da Sociedade da Informação, traduzida na fluidez da transmissão de dados pelas redes globalmente conectadas e pelo tratamento e manipulação que as novas tecnologias permitiram, de forma a munir quem detém a informação de um poder incomensurável.

Assim, se por um lado se pretende uma tutela dinâmica para acompanhar os dados em circulação, por outro, ao revelar um aspecto objetivo de um sujeito de direito, a informação pessoal torna-se, portanto, um atributo de sua personalidade. A informação se torna um direito que, entretanto, encontra limites na privacidade.

A tecnologia é apresentada mais uma vez como vetor da diferença. A criação de bancos de dados e cadastros informatizados potencializa os prejuízos que a manipulação de dados pessoais, haja vista que, com a facilidade do cruzamento de informações, não há mais dado pessoal que seja indiferente. Todos revelam uma faceta da personalidade que somadas a tantas outras comprometem sua privacidade.

O direito à proteção de dados pessoais foi construído e será retratado pelo modelo europeu de proteção, o qual já o definiu como direito fundamental. Ainda assim, se apresenta um panorama da América Latina, incluso o caso brasileiro, em busca da consagração do referido direito, bem como as ações jurisdicionais vigentes para dar garantias a sua efetividade, como é o caso do *habeas data*.

São apresentados os princípios identificados como comuns e norteadores da disciplina, os quais devem prezar pela transparência ou publicidade, exatidão, livre acesso, segurança física bem como o princípio que condiciona a utilização dos dados pessoais à finalidade proposta e comunicada ao interessado antes mesmo de sua coleta. O consentimento, por traduzir um instrumento de manifestação individual de importância no livre desenvolvimento da personalidade, é tratado em momento próprio por ter um caráter específico na temática, sendo apresentado a partir da sua estreita ligação com o princípio da finalidade à medida que restringe a sua generalidade.

O foco retorna para a pessoa que, pela sua faculdade de autodeterminação informativa, terá um controle maior para decidir o que irá fazer com seus próprios dados pessoais, visto que é extensão de sua própria personalidade. O surgimento e a efetivação do direito à proteção de dados pessoais é um desdobramento factível e promissor dessa realidade.

Por fim, como desdobramento dos novos contornos da privacidade que enaltece a proteção de dados pessoais como sendo o seu aspecto mais importante, tanto que definido como um novo direito na comunidade europeia, no terceiro capítulo, se direciona a pesquisa para o âmbito das relações de consumo, relações que por si só já são presumidas como desiguais.

Diante dessa realidade em que há um iminente desequilíbrio de forças, os bancos de dados e cadastros de consumidores se revestem como armas poderosas pois estão a serviço do crédito e do *marketing*, que visam fortalecer estratégias cada vez mais sofisticadas para aumentar o quadro de clientes ou potenciais clientes e assim incrementar suas vendas.

A legislação consumerista, atenta a tal movimento de mercado, não se omitiu diante desse desafio de regular os chamados arquivos de consumo. Entretanto, o desafio proposto no presente trabalho é conjugar a referida legislação à necessidade de proteção de dados pessoais nos arquivos de consumo em razão da potencialidade lesiva dos direitos de personalidade. A concretização do direito à privacidade somente se fará possível na esteira desta disciplina.

Logo, o objetivo é poder apurar o regime próprio dos arquivos de consumo em face da proteção dos dados pessoais, incluso o sistema de reparação de danos, considerando os constantes desvios de finalidade e abusos cometidos em comercializações e transferências indevidas.

Para tanto, a boa-fé objetiva foi considerada de imprescindível aplicação nas relações de consumo, dentre os princípios que regulam a proteção de dados pessoais. A interpretação extensiva a ser dada à legislação consumerista enaltecerá o princípio da dignidade humana bem como estabelecerá as condições necessárias para a adequada atuação dos arquivos de consumo de forma a preservar o livre desenvolvimento da personalidade e assegurar o direito à privacidade.

1 A PESSOA HUMANA E A PRIVACIDADE: novos contornos para a construção da esfera privada

1.1 LINHAS HISTÓRICAS DO DIREITO À PRIVACIDADE

O início da caminhada proposta remonta a dados recentes. Até o século XIX, praticamente não existem registros de uma tutela jurídica específica da privacidade, recebendo

*proteção reflexa, sob o recurso de um fundamento jurídico já sedimentado pela doutrina e jurisprudência ocidentais, como o direito à propriedade, à honra, o direito contratual ou, no plano do Direito Público, o direito à liberdade, à inviolabilidade de domicílio e de correspondência.*⁶

O despertar da privacidade como um direito autônomo, digno de tutela específica⁷, ocorre justamente no período em que o ordenamento transpõe sua

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.54.

⁷ A noção de separação entre público e privado remonta do pensamento grego, quando surgiu a cidade-estado, dispondo que o homem possui duas ordens de existência, uma que lhe é própria - *idion*- e outra que lhe é comum -*koinon*. Entretanto, a necessidade de proteção desta ordem privada é recente, haja vista que esta distinção, outrora tão evidente, não se percebe mais. (Cf. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.33 *et seq.*).

percepção de pessoa humana para um papel central e “ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos do seu cotidiano”.⁸

Alguns marcos importantes na formatação do direito à privacidade são encontrados no direito comparado. Uma das primeiras manifestações da doutrina a respeito do tema data de 1846, na Alemanha. Nessa data, Karl David August Röder publicou a obra *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, sendo alvo de críticas irônicas de Rudolf von Jhering, o qual vislumbrou ter o autor recorrido ao “direito natural” para legitimar formas de viver e preocupações restritas a uma pequena camada da população, posto que o objeto da obra considerava atos de violação ao “direito natural à vida privada” entrar em um aposento sem se fazer anunciar ou incomodar alguém com perguntas indiscretas.⁹

Outro fato marcante foi a decisão do Tribunal Civil de Sena, na França, em 1856, no caso conhecido como *Affaire Rachel (Felix v. Connell)*. O caso versa sobre Elisa Rachel Félix, famosa atriz francesa de teatro clássico do Século XIX, a qual teve sua morte prematura retratada por dois fotógrafos, como sua última vontade. Entretanto, apesar do pedido de sua irmã para que a imagem não fosse reproduzida, a mesma ilustrou um semanário, o que motivou ação contra o desenhista que reproduziu a fotografia. A decisão estabeleceu que a ninguém seria dado o direito de reproduzir e dar publicidade a traços de uma pessoa em seu leito de morte, sendo ela célebre ou não. Esse julgamento, por seu teor, originou o direito à imagem, porém, em razão dos argumentos nele contidos, traduziu a necessidade de respeito de uma esfera reservada da pessoa, âmbito próprio de seus sentimentos.

Todavia, o acontecimento de maior relevância jurídica, o qual se constituiu como marco doutrinário para a tutela da privacidade foi a publicação na *Harvard Law Review*, em 1890, do artigo intitulado *The Right to Privacy*¹⁰, de autoria dos advogados e colegas Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis, este último

⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.8.

⁹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.46, p.80, abr./jun. 2003.

¹⁰ WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v.4, n.5, p.193-220, dez.1890. Disponível em: <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 11 set. 2005.

tornar-se-ia um dos grandes juízes da Suprema Corte, cargo ocupado durante 25 anos.

A origem do referido artigo se deve aos excessos cometidos pela imprensa local ao divulgar fatos da vida familiar de Warren¹¹, sendo sua construção doutrinária feita a partir da análise dos precedentes referentes à propriedade (*property*), quebras de contrato e confiança (*breach of contract and confidence*), violação de direitos autorais (*copyright*) e, também, casos de difamação (*defamation*).

O artigo apresenta contornos de um novo direito, fundado no *right to be let alone* (direito de ser deixado só)¹², no qual a proteção jurídica não se assentava “em bases obviamente físicas, mas espirituais”¹³, de alma. A argumentação astuta dos autores foi baseada na *inviolable personality*. Trata-se, pois, de uma evocação de um direito de natureza pessoal o que possibilita vislumbrar,

*com todas as inúmeras ressalvas a serem feitas ao se tratar de um sistema jurídico de fundamentação diametralmente diversa à da civil law, o eixo em torno da proteção da pessoa humana que será determinante na proteção da privacidade no século seguinte.*¹⁴

Esse artigo tornou-se referência, praticamente unânime da doutrina especializada, encabeçando a lista dos artigos jurídicos norte-americanos mais

¹¹ As críticas à imprensa e aos fotógrafos que retrataram e expuseram ao público em geral, a vida íntima familiar de Warren é origem incontestada, dentre diversos autores, do artigo que se consagrou como marco doutrinário da *privacy*, entretanto, fatos que circundam esta história tem variadas versões conforme citação de José Adércio Leite Sampaio (*op. cit.*, p. 58). Independente dos fatos que justificaram a realização do estudo de Warren e Brandeis, o avanço da imprensa bem como a invenção do telefone e da máquina de escrever, somados a algumas invenções dos séculos anteriores como o telescópio e a fotografia, e a descoberta do eletro, aumentaram as possibilidades de invasão da intimidade alheia (Cf. FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977).

¹² Esta famosa expressão *right to be let alone* é uma construção do Juiz Thomas Cooley, em sua obra *Treatise on the law of torts*, que foi expressamente referendada na fundamentação da *privacy* elaborada no artigo referido, escrito por Warren e Brandeis. O trecho em questão expõe: “*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* (WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz, *op. cit.*, documento eletrônico).

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.59.

¹⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.137.

citados da história¹⁵, em razão do seu vanguardismo e ousadia ao tentar identificar na *common law* uma norma a fim de proteger a privacidade do cidadão.

O questionamento e o momento histórico permitiram que o debate levantado no referido ensaio exaltasse o chamado *right to privacy*, o qual, apenas três anos após a publicação do artigo, foi empregado em uma decisão do Tribunal da Geórgia.¹⁶ A face constitucional deste direito nos EUA teve reconhecimento, finalmente, sob a 14^a emenda, a partir de 1965, com o caso *Griswold v. Connecticut*.¹⁷

O desenvolvimento de uma consciência para a consolidação do direito à privacidade foi tomando forma e ocupando um espaço não existente anteriormente, considerando que as noções de público e privado estavam completamente dissociadas.

¹⁵ Benigno Pendás indica que, conforme os dados do artigo “*The most-cited law review articles*” de Fred. R. Shapiro, o artigo em questão “*The right to privacy*”, ocupa o primeiro posto dos artigos mais citados. A referência a tal artigo é feita 256 vezes em 180 revistas jurídicas norteamericanas entre 1947 e 1985 (Cf. WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1985. p.10). O artigo tem influência não somente nos Estados Unidos, embora não haja dados da dimensão de sua atuação. Sobre o papel desempenhado pelo referido artigo no desenvolvimento do direito à privacidade pesquise, ainda: DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980. p.52; e; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000. p. 138-139.

¹⁶ LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. **Revista do Ministério Público**, Nova fase: Porto Alegre, n.43, p.32, jul./out. 2000. José Adércio Leite Sampaio (*op. cit.*, p.64) entende ser esta a mais profunda análise do *right to privacy*. Trata-se do caso *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, no qual Paolo Pavesich não dera autorização para uso de sua fotografia, em anúncio de seguros, muito menos declarara as afirmações que continham tal anúncio, e tampouco era segurado da seguradora.

¹⁷ Consoante lição de José Adércio Leite Sampaio (*op. cit.*, p.105-106) a *privacy* foi “identificada sob diversos rótulos: *privacy of intimate decision*, *fundamental-decision privacy* ou *sexual privacy*: os juízes de *Griswold* a ela se referiam como *privacy in marriage* ou como *marital privacy*, ao reconhecerem que uma velha lei de Connecticut que proibia o uso e a destituição de contraceptivos, feria *the right of marital privacy*”.

É a burguesia, enquanto classe social emergente, que necessita além de propriedade privada, uma vida privada, haja vista que, com o desenvolvimento dos núcleos urbanos, gerou melhores condições econômicas e sociais.¹⁸

As causas que culminaram o início dessa concepção de privacidade remontam à emergência do estado-nação, da sociedade civil e das teorias de sua soberania nos séculos XVI e XVII, que formaram a noção moderna do ente público. O fim dos Estados absolutistas gerou um espaço a ser preenchido por novos agentes sociais que queriam uma menor intervenção estatal frente ao pensamento liberal que se impôs.

Isto é, o individualismo e o patrimônio são protegidos exaustivamente como forma de garantir a igualdade, tão ignorada no absolutismo.¹⁹ Somado ao desenvolvimento de meios materiais que foram desenvolvidos como a tecnologia, a eletrificação, infra-estrutura como um todo, bem como o surgimento dos meios de comunicação em massa, foram eivados com a rapidez e a fluidez da dinâmica em sociedade, a partir do final do século XIX, modificando a expectativa da privacidade.²⁰

O momento do artigo de Warren e Brandeis retrata exatamente o fulgor da classe burguesa, instada a defender o desconforto provocado pela interferência em

¹⁸ Os antigos não tinham muito interesse e necessidade de proteger a sua intimidade pois sua vida transcorria em espaços públicos. Danilo Doneda menciona eventuais tratamentos dados à privacidade em outras épocas: “Diversas menções à privacidade podem ser encontradas na Bíblia, em textos gregos clássicos e mesmo na China antiga, enfocando basicamente o direito, ou então a necessidade da solidão. Na Inglaterra do século XVII, estabeleceu-se o princípio da inviolabilidade do domicílio – *man’s house is his castle*, que iria dar origem à tutela de alguns aspectos da vida privada relacionada com o respeito ao *domus*, ao espaço físico privado do homem. Ainda na época feudal a casa da família passou a representar o espaço da intimidade, proporcionando a separação da vida da comuna e indo ao encontro de interesses pessoais – a intimidade do sono, do almoço, do ritual religioso, talvez até do pensamento; e com a família burguesa a idéia do ensimesmamento em casa e de cada indivíduo em seu quarto passou a ser vista como condição de habitabilidade” (DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.113).

¹⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.128.

²⁰ Danilo Doneda entende que o individualismo, os meios materiais e o surgimento dos meios de comunicação em massa, gerou o que foi determinado como um “novo inconformismo”, o qual modificou tanto a expectativa de privacidade “quanto os mecanismos sociais que eventualmente neutralizavam ou diminuam o impacto causado pela intrusão na vida privada de um cidadão” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.134-135).

sua vida privada por meio de publicações, reproduções e divulgações de facetas íntimas condizentes não a todo ser humano, mas sim de uma classe.

Importante perceber, nesse retrato histórico, que a necessidade de proteção está direcionada para o direito de ficar só, de ser deixado em paz, o que traduz uma conduta negativa por parte do indivíduo. A estrutura dos direitos fundamentais da época retrata a proteção expressa do direito à propriedade, em contrapartida ao direito à privacidade. Isto é, enquanto estivesse protegido pela sua propriedade, sua privacidade não poderia ser atingida, reflete, portanto, uma exclusão natural, na medida que, se não há propriedade, logo, não há privacidade a ser protegida. A privacidade, por fim, era digna de poucos.

Warren e Brandeis retrataram de uma forma muito verdadeira as pressões da sociedade moderna, entendendo que a privacidade, o direito de ser deixado só, não poderia ser minimizado para que a tecnologia surgisse. Foram visionários, quando identificaram, na evolução da imprensa, uma possibilidade de invasão ao que o ser humano tem de mais íntimo: seus desejos e emoções, suas atitudes e posturas, haja vista que a informação estava circulando com mais rapidez.²¹

A publicidade de atos não era mais exclusiva daqueles que gozavam de vida pública, ou que tinham certa notoriedade. A invasão estava refletida em comportamentos reproduzidos de maneira massificada que poderiam ser de qualquer pessoa a qual fosse considerada de algum interesse público.

²¹ O artigo em determinado momento aduz: "The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. [...] The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprises and invention have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury". Em tradução livre da autora: A imprensa está ultrapassando, em todos os âmbitos, os limites da propriedade e da decência. A intensidade e a complexidade da vida, que acompanham os avanços da civilização, submeteram-se a um necessário distanciamento de mundo, e o homem, sob uma refinada influência da cultura, tornou-se mais vulnerável à publicidade, o que fez a privacidade tornar-se essencial ao indivíduo; para este, os novos modos e inventos, ao invadir em sua privacidade, produzem uma dor espiritual e uma angústia, muito maior que aquela que pode ser causada por um dano físico (WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz, *op. cit.*, documento eletrônico).

A força inédita que esse marco doutrinário propõe ao novo *right to privacy*, de acordo com as lições de Danilo Doneda,

[...] é mais que mero reflexo de uma época, fazendo estender sua influência por algumas de suas características: (i) partia-se de um novo fato social, que eram as mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias de informação (jornais, fotografias) e a comunicação de massa, fenômeno que se renova e continua moldando a sociedade futura; (ii) o novo “direito à privacidade” era de natureza pessoal, e não se aproveitava da estrutura da tutela da propriedade para proteger aspectos da privacidade; (iii) no que interessa somente aos EUA, o artigo abriu caminho para o reconhecimento (que porém ainda retardaria décadas) do direito à privacidade como um direito constitucionalmente garantido.²²

Tais conclusões evidenciam a importância do contexto histórico-temporal na determinação do conteúdo de um instituto. Na linha evolutiva traçada sobre a privacidade identifica-se sua presença à medida que novos fatos sociais foram acrescentados. As tecnologias de impressão que, até então, não existiam, permitiram que a difusão de notícias, fatos e imagens fossem realizadas de modo a que todos tivessem acesso. Todavia, a assimilação de tal transformação sofreu resistências e a consolidação da privacidade como direito, teve que ser conquistada à medida que se sentia seu prejuízo.

1.2 CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

A caminhada para a consolidação do direito à privacidade foi árdua, pois se mostrou lenta e inconstante. Até mesmo nos EUA, berço doutrinário onde a questão sempre foi discutida, houve resistências e seu desenvolvimento foi fragmentário até meados do século XX, quando veio, finalmente, alcançar a sua expressão como direito autônomo em um âmbito internacional, primeiramente com a Declaração

²² DONEDA, Danilo, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.139.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem²³, aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, no ano de 1948. Em 10 de dezembro do mesmo ano, a Declaração Universal de Direitos do Homem²⁴, reconheceu a privacidade como direito autônomo, por meio da aprovação da Assembléia Geral das Nações Unidas. Dois anos mais tarde, foi editada a Convenção Européia dos Direitos do Homem²⁵, assinada em Roma, quando sedimentou a existência do direito à privacidade.

A partir de então, tal direito ocupou e está ocupando a pauta de numerosas conferências internacionais²⁶, sendo objeto de convenções e tratados²⁷, bem como recepcionada pelo ordenamento jurídico e cortes jurisdicionais de vários países²⁸.

²³ Consta em seu artigo 5º: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

²⁴ Está disposto no artigo 12º: “1. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

²⁵ Neste documento há referências ao direito à vida privada em diversos momentos, destacando-se, porém, o conteúdo do artigo 8º: “Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

²⁶ Citem-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, datado de 1966, a Conferência de Juristas Nórdicos de 1967, a XIX Seção Ordinária da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa de 1968, a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, realizada em Teerã também em 1968, a Conferência Geral da Unesco de 1968, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1968, a 54ª. Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra em 1970, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 1972, o Simpósio sobre os fluxos internacionais de dados e proteção das liberdades individuais, promovido pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 1976 e a Sessão de outubro de 1980 da Comissão de Direito Humanos da ONU, entre outras tantas.

²⁷ Muitas dessas convenções e tratados são decorrentes das referidas conferências, podendo citar o Pacto Internacional das Nações Unidas que em seu artigo 17 dispõe que “1. Ninguém poderá ser objeto de ingerência arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”. Já a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, local onde o documento foi celebrado, traz no bojo do seu artigo 11 o seguinte teor: “Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

²⁸ Para estudo aprofundado sobre a recepção do direito à privacidade em ordenamentos de diversos países vide obra de José Adércio Leite Sampaio, **Direito à intimidade e à vida privada**, *op. cit.*

A mais atual conquista do tema está regulamentada na Constituição Européia²⁹, que estabelece em seu artigo 7º.³⁰, o respeito pela vida privada e familiar. Nela já está retratada a preocupação oriunda do impacto da informática no direito à privacidade, tanto é, que em seu artigo 8º.³¹ estabelece a proteção de dados pessoais. A respeito deste último, o qual será tema do próximo capítulo, vale destacar, ainda, o Convênio nº. 108, de 28 de janeiro de 1981, editado pelo Conselho da Europa, e a Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia que concretiza os fins inicialmente previstos pelo Convênio nº 108. Essa Diretiva incumbiu os Estados-membros de promover e elaborar códigos de condutas nacionais e comunitários destinados a contribuir para a boa execução das disposições. Por essa razão, na Europa, estão situados os países que mais regulam a matéria.

²⁹ A Constituição Européia ainda não está em vigor, pois se encontra em período de ratificação, ou seja, a última etapa a vencer para concluir o processo de reformas institucionais iniciados com o Tratado de Nice. Tal como em outros tratados, é necessária a ratificação por todos os Estados-membros para a entrada em vigor do novo texto, tendo que, para lograr a ratificação, proceder de acordo com suas regras constitucionais, questionando seus cidadãos, quer por meio de representação parlamentar, quer por meio de referendo. Estava previsto que este processo durasse dois anos a partir de sua assinatura, que ocorreu em 29 de outubro de 2004. Entretanto, com o resultado negativo nos referendos realizados na França e na Holanda, a entrada em vigor da constituição foi colocada à prova. O processo encontra-se agora em um período de reflexão haja vista que a proposta de se ter uma Constituição Européia não pode ser descartada em razão de seus valores e princípios. Isto restou manifestado no Conselho Europeu de Bruxelas realizado em 16 e 17 de junho de 2005. Bem como no Conselho Europeu de 15 e 16 de junho quando foi relançado o processo de ratificação. Há ainda, uma declaração política dos líderes dos países que compõem a União Européia, contida na Declaração de Berlim, assinada em 25 de março de 2007, por ocasião do 50º. aniversário da assinatura do Tratado de Roma, reafirmando o comprometimento compartilhado das ambições e valores instituídos na Carta Constitucional da Europa (UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: <http://Europa.eu/roadtoconstitution/chronoly/indez_pt.htm>. Acesso em: 15 mar. 2007).

³⁰ Artigo 7º: Respeito pela vida privada e familiar. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

³¹ Artigo 8º: Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

1.2.1 O Direito à Privacidade como Direito Fundamental

A idéia de que todos os homens igualmente devem ser dignos de tutela tem origem a partir de dois momentos históricos: da tradição cristã e dos direitos humanos.

A tradição cristã traduz a referida valorização quando em seu livro Gênesis está dito que *“Deus criou o homem a sua imagem e semelhança”*. A história se modifica a partir do consagrado no velho testamento, pois este se refere ao homem como ponto culminante da criação, como sendo a obra de maior perfeição e requinte de Deus, sujeito dotado de valores intrínsecos e comuns a toda humanidade.

O estoicismo, como reflexo da tradição grega, trouxe uma nova concepção de dignidade para aqueles que haviam perdido a qualidade de cidadão para se converterem em súditos das grandes monarquias. Nesse novo perfil, o mundo é uma única cidade da qual todos participam correspondendo o gênero humano como informa Celso Lafer *“um direito universal, fundado num patrimônio universal comum”*.³²

O pensamento cristão exerceria, obviamente, uma grande influência no jusnaturalismo na medida que, como diz Milton Fernandes, *“a pessoa é o que de mais perfeito existe no universo”*.³³

De acordo com os ensinamentos de Hannah Arendt, os antigos e medievais, ao rejeitarem o mundo dos homens voltaram para a contemplação da verdade eterna. Os modernos voltaram, entretanto, ao mundo interior do ser, por força da dúvida que coloca em questão a eterna verdade das coisas. O telescópio de Galileu, que institui a diferença entre a realidade e o que os sentidos conseguem apreender

³² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 119.

³³ FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. In: BARROS, Hamilton Moraes e *et al.* **Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.134. Gilberto Haddad Jabur descreve que “O reconhecimento da importância do homem, centro de irradiação de direitos e preocupação protetiva, despontou [...] com a consolidação do Cristianismo” (JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.34).

e o método de Descartes, que traduz a racionalidade humana como faculdade natural e inerente ao homem, consolidaram o conceito de subjetivismo e a redução da filosofia à epistemologia, isto é, a análise daquilo que o sujeito cognoscente é capaz de conhecer.³⁴

O despertar para os direitos humanos com as declarações dos direitos do homem surge exatamente quando se percebe que a fonte da lei são os atos e as atitudes do homem, posto que o mundo é composto por um agregado de individualidades. Deus e os costumes passam a não ser mais suficientes para assegurar a igualdade pretendida e perseguida após a ruptura com a sociedade medieval. A sua positivação tem por objetivo conferir aos direitos, nelas contemplados, uma dimensão permanente e segura.

Desta feita, urge a necessidade da chancela estatal para o desvelamento dos direitos denominados inatos, isto é, inerentes a qualquer um a partir de seu surgimento enquanto ser. Isso se percebe na consagração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789³⁵.

Os direitos humanos deixam de ser apenas reivindicações políticas para se tornarem referências como normas jurídicas. Do ponto de vista jurídico, a constitucionalização, em perspectiva histórico-evolutiva, *“foi a certidão de nascimento dos direitos fundamentais”*.³⁶ Perez Luño apresenta sua definição sobre direitos fundamentais considerando-os

³⁴ ARENDT, Hannah, *op.cit.*, p.326 *et seq.*

³⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual proclamou o homem livre, numa sociedade livre, segundo os postulados do direito natural, mesmo sendo considerada o marco da positivação dos direitos humanos, não dói a primeira manifestação. A primeira grande fonte das Declarações de Direitos, entre os documentos medievais, foi a Magna Carta de 1215. Outros documentos identificam essa tendência de positivação como a Declaração Americana de Direitos nos EUA (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, ambas datadas de 1776).

³⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. p.17.

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.³⁷

Não há divergência na doutrina sobre o fato de os direitos fundamentais e humanos serem direitos históricos, culturais, ou seja, que têm uma evolução própria. Norberto Bobbio, em sua obra *A era dos direitos*³⁸, consagrou tal entendimento. Nesse sentido, em razão da ordem de reconhecimento desses direitos são consagradas às chamadas gerações dos direitos fundamentais³⁹.

O direito à privacidade é considerado um direito de primeira geração posto que ele apresenta-se, antes de tudo, como uma projeção dos princípios da liberdade e da dignidade humana⁴⁰. Para ser livre e digno, o homem precisa dispor no âmbito de sua esfera individual, de um espaço para garantir seu livre desenvolvimento, seja ficando só, seja por meio de autonomia de compor e decidir o que fará parte da sua vida.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prescreve de forma explícita, em seu artigo 5º, X, que são invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurada a elas o direito à indenização pelo dano material e/ou por dano moral decorrente da violação desses direitos. A materialização desse

³⁷ PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003. p.48.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

³⁹ José Luís Bolzan de Moraes prefere o termo “gerações” posto que “não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos”. Todavia, cita autores, como Ingo Sarlet, que preferem utilizar a expressão “dimensões”. Assim, temos os direitos de primeira geração, que são os direitos individuais de defesa do cidadão em relação ao Estado, como o direito à liberdade e o direito de propriedade; os de segunda geração, que surgiram em seguida, que são os direitos que visaram dar maior participação política aos cidadãos no poder do Estado, como o direito ao voto e como o direito de eleger-se; os de terceira geração são os direitos que impõem uma obrigação do Estado, atinentes ao Estado de Bem-Estar, ao Estado Social, os direitos sociais, o direito à educação, por exemplo. Atualmente, referido autor considera, ainda, a emergência de uma quarta e quinta gerações relacionadas com os processos informáticos e a pesquisa genética (Cf. MORAIS, José Luís Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62-63).

⁴⁰ Nesse sentido: PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.56; SAMPAIO, José Adécio Leite, *op. cit.*, p.263.

direito encontra-se localizada no Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – o que o eleva ao nível de cláusula pétrea⁴¹, gozando de um regime jurídico especial.

Cabe ressaltar, que nas constituições anteriores, não havia nada expresso frente ao direito à privacidade. Com efeito, não é privacidade a palavra empregada no texto da lei. Em leitura restrita, a Constituição vigente no nosso país emprega duas expressões diferentes relacionadas à privacidade do indivíduo: a intimidade e a vida privada, o que, conseqüentemente, gera uma multiplicidade de entendimentos de uma doutrina que procura formular definições de cada uma delas e suas diferenças.

Em sua grande maioria, consideram os juristas brasileiros que as expressões não são semelhantes, mas estão em uma relação de gênero e espécie, constituindo a intimidade um âmbito mais restrito da vida privada.⁴² Por outro lado, Milton Fernandes as considera como sinônimos, afirmando ter sido, o constituinte, redundante.⁴³

Correlatos a essas expressões encontram-se outros tantos, podendo citar, direito ao recato, ao sigilo, ao segredo, à reserva, todos muito bem empregados de acordo com os critérios de interpretação expostos por seus articuladores. O fato de a doutrina estrangeira apontar igualmente para uma multiplicidade de alternativas também contribui para que os juristas ao se referirem ao complexo de interesses, se refiram ao termo privacidade.⁴⁴

⁴¹ Consoante o disposto no artigo 60, § 4º., IV como segue: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais”.

⁴² Neste sentido vide JABUR, Gilberto Haddad, *op. cit.*, p.256; DOTTI, René Ariel, *op. cit.*, p.68; FARIAS, Edilson Pereira de, *op. cit.*, p.146.

⁴³ FERNANDES, Milton. **Proteção civil na intimidade**, *op. cit.*, p.69.

⁴⁴ Danilo Doneda cita a *privacy* norte-americana, o *droit au secret de la vie privée* ou simplesmente *la protection de la vie privée* na França; o *diritto alla riservatezza* (ou a *segretezza*) na Itália; a reserva da intimidade da vida privada (Portugal); o *Derecho a la intimidad* na Espanha; a noção da *Die Privatshäre*, que divide a autonomia individual e a vida social, presente na doutrina Alemã; a *integritet* da Suécia, que compreende a noção pela qual as pessoas têm direito de serem julgadas de acordo com um perfil completo e fiel de suas personalidades; são algumas das designações utilizadas para se referir ao complexo de interesses que remetem ao termo privacidade (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.101-102).

O uso do termo privacidade é, atualmente, o mais corrente na doutrina⁴⁵ que desperta para a questão da tutela desse direito que constantemente se vê atingido em suas mais variadas esferas, posto que se trata da essência da pessoa humana, enquanto sujeito de direitos. Danilo Doneda entende ser a expressão a mais “adequada, justamente por unificar os valores expressos pelos termos *intimidade e vida privada*”.⁴⁶

É o termo a ser utilizado nesta dissertação, visto que esta diferenciação apresenta uma “*reduzida importância, uma vez que os efeitos jurídicos da violação da intimidade e da vida privada são idênticas, ensejando, no âmbito civil, o dever de reparação*”.⁴⁷

Como complexo de interesses, a privacidade ainda pode ser depreendida de outros comandos constitucionais, tais como a inviolabilidade de domicílio⁴⁸, a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas⁴⁹, bem como propiciar meios jurídicos para sua proteção⁵⁰, resguardo da fonte quando necessário no exercício profissional⁵¹, na restrição da publicidade de atos processuais⁵² e na previsão de um instrumento

⁴⁵ Pode-se verificar a tendência nos escritos de diversos juristas de diversas áreas. José Afonso da Silva, em seu "Curso de Direito Constitucional Positivo", já prefere “usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas estas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou” (Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.188). Entre os civilistas, Gustavo Tepedino, em seu texto "Informação e Privacidade", contido em sua obra "Temas de Direito Civil" aponta que o “direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania” (Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a. p.475). O diplomata João Almino, em seu ensaio "O segredo e a informação: ética e política no espaço público" utiliza o direito à privacidade, como princípio inerente à democracia (ALMINO, João. **O segredo e a informação: ética e política no espaço público**. Brasília: Brasiliense, 1986. p.109).

⁴⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.112.

⁴⁷ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.85.

⁴⁸ Artigo 5º., XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

⁴⁹ Artigo 5º., XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁵⁰ Artigo 5º., LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

⁵¹ Artigo 5º., XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

⁵² Artigo 5º., LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

processual que viabilize o direito de acesso e correção de informações pessoais cadastradas em bancos de dados públicos, isto é, o *habeas data*⁵³.

1.2.2 A Constituição Federal Brasileira e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como critério interpretativo do ordenamento jurídico

A Constituição Federal de 1988, aclamada pelo povo como a constituição-cidadã⁵⁴, redimensionou seu papel, agregando justiça social, solidariedade e pluralismo democrático ao contexto histórico em que se promulgava. De todas as inovações trazidas e celebradas pela Constituição a que mais se destaca e emana seus efeitos foi a positiva e valiosa contribuição dos direitos fundamentais, elevados à condição de cláusula pétrea.

⁵³ Artigo 5º., LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

⁵⁴ A expressão “Constituição-cidadã” foi cunhada, durante o processo constituinte, que perdurou de 1º de fevereiro de 1987 até sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, pelo Deputado Federal Ulysses Guimarães da Silveira, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte. Foi assim denominada por retratar uma mudança de paradigma que testemunha a primazia do cidadão e foi escrita para ele. O cidadão (o homem) é seu fim e sua esperança. A nova Constituição restabelece os parâmetros legais do regime democrático iniciado em 1946, interrompido em 1964, e reiniciado em 1985. É inovadora em suas definições de direitos humanos e coletivos. Marcada por sua extensão e pelo caráter detalhista em que estabelece direitos sociais e regula a ordem econômica. Nela foram inseridos direitos e faculdades às crianças e adolescentes, idosos, mulheres, deficientes, índios e negros, assegurando prerrogativas às minorias, até então totalmente à margem de reconhecimento formal. Os seus princípios trazem forte caráter de proteção aos direitos humanos e sociais. Além disso, a nova Carta inova ao estabelecer novas garantias constitucionais aos cidadãos, as chamadas liberdades constitucionais, como o mandado de injunção e o *habeas data*. Qualifica ainda como crimes inafiançáveis a tortura e as ações armadas contra o Estado democrático, amplia os poderes do Congresso Nacional e estabelece a igualdade entre mulheres e homens. Informação disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/conheca/historia/camarabrasil/a6republica.html/?searchterm=constituicao%20cidadã>>. Acesso em: 31 ago. 2007.

A Constituição é agora, a lei fundamental portadora de valores materiais. Os princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana⁵⁵ o qual é princípio-matriz⁵⁶ de todos os direitos fundamentais, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que ela se encontrava no Estado Liberal.

Desta feita, a dignidade da pessoa humana como princípio emanado pela Constituição legitima a ordem jurídica centrada na própria pessoa humana que passa a ser concebida como “*valor-fonte fundamental do Direito*”⁵⁷.

Referido princípio exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado, reconhecendo que a pessoa é o fim, e o Estado apenas um meio para a garantia e a promoção dos seus direitos fundamentais. Fachin e Ruzyk atribuem ao princípio em questão dupla dimensão, negativa e prestacional:

*negativa no sentido de que o Estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensas à dignidade em uma ordem de idéias protetivas; prestacional, na medida que há o dever de promoção da dignidade da pessoa*⁵⁸.

⁵⁵ Artigo 1º., III - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵⁶ Expressão usada por FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.94.

⁵⁷ A expressão é de REALE, Miguel. A pessoa valor-fonte fundamental do Direito. In: NOVA Fase do Direito Moderno. São Paulo, Saraiva, 1990. p.59-69. *Apud* SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.110.

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.98.

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais não se atendo somente aos poderes públicos, pois que traduz um novo sentido para a conduta estatal, a qual deve proteger o livre desenvolvimento da personalidade humana comprometendo-se em assegurar as condições mínimas para a vida com dignidade.

O reconhecimento de que tal princípio situa-se no vértice axiológico da Constituição Federal acarreta a consagração da primazia dos valores da pessoa humana sobre os interesses patrimoniais, repaginando, assim, o Direito Privado. De acordo com a explanação de Gustavo Tepedino, com o acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República pretendeu o constituinte

*definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos*⁵⁹.

Se antes o indivíduo, enquanto sujeito de direito privado, era abstraído de suas características de ser humano, sendo analisado apenas sobre seus aspectos relacionados a sua vida privada unicamente sob o ponto de vista do patrimônio que podia dispor, agora, ele quer ser considerado como pessoa consciente de sua incompletude, histórico em sua essência, sendo sua identidade construída a partir de um universo de valores e práticas que lhe permitem se realizar, de modo singular, dentro de sua coletividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, com isso, passa a ter por objetivo orientar a ordem jurídica no sentido de realizar e efetivar os valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais. Com efeito, há um deslocamento do centro do direito, pois, se anteriormente ele estava localizado na relação jurídica, no qual o ser humano,

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p.67.

enquanto sujeito de direito, era apenas um de seus elementos, hoje seu centro está no próprio homem.

Esse deslocamento pode ser percebido, principalmente, no Direito Privado que, de um direito-proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto para se desenvolver com dignidade. Fala-se, portanto, em uma despatrimonialização do direito privado, como conseqüência de sua constitucionalização por meio de seus princípios fundamentais. No dizer de Pietro Perlingieri, com a despatrimonialização

não se projeta a expulsão e a 'redução' quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne à avaliação quantitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na existência da tutela do homem, um aspecto idôneo, não a 'humilhar' a aspiração econômica, mas pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa⁶⁰.

A despatrimonialização implica, portanto, o reconhecimento de que os bens e direitos patrimoniais não constituem fins em si mesmos, devendo ser tratados pela ordem jurídica como meios para a realização da pessoa humana.

Orlando de Carvalho⁶¹, vê essa questão sob outro prisma, dando destaque efetivo à pessoa humana que, na tentativa jusnaturalista de outrora acabou por

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.33.

⁶¹ José Carlos Moreira da Silva Filho faz uma análise da repersonalização como pano de fundo para seus estudos sobre as transformações jurídicas das relações privadas. Conecta a boa-fé (temática que será enfrentada posteriormente) à *repersonalização* do Direito Civil. Entende que "com este termo, quer-se indicar, de modo geral, a idéia de que a *pessoa humana*, em uma versão que vá além da sua versão individualista e abstrata (daí falar-se em *repersonalização*, e não em *personalização*) deve configurar o centro de gravitação do Direito Civil (e não mais o patrimônio) (Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b. p.114).

reduzir-se a um aspecto operacional e secundário. Para citado autor há uma repersonalização do direito civil, no sentido que se projeta

*repor 'o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação jure civile', não apenas como actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação*⁶².

Continua o autor português

*restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do Direito Civil [...]. É a esta valorização do poder jurisdicção do homem comum – sensível quando, como no direito dos negócios, a sua vontade faz lei, mas ainda quando, como no direito das pessoas, a sua personalidade se defende, ou quando, como no direito das associações, a sua sociabilidade se reconhece, ou quando, como no direito de família, a sua afetividade se estrutura, ou quando, como no direito das coisas e no direito sucessório, a sua dominialidade e responsabilidade se potencializam -, é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o foyer da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.*⁶³

Percebe-se, assim, a desvinculação da idéia oitocentista que codificou um individualismo marcante, em que o indivíduo era uma realidade abstrata e impalpável. Como descreve Orlando de Carvalho o Estado Liberal ignorava “o homem concreto, o homem de carne, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas”⁶⁴.

Insurge-se, nesse momento, o ser humano como centro de realizações em si mesmo, como um valor em si mesmo. Daniel Sarmento diz mais, pois considera o ser humano “axiologicamente superior ao Estado e à qualquer coletividade a qual se

⁶² CARVALHO, Orlando de. **A Teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981. p.10.

⁶³ *Idem*, p.91-92.

⁶⁴ *Idem. Ibidem*, p.34.

*integre*⁶⁵. Entretanto, essa nova concepção de pessoa humana é, antes de tudo, um ser situado, concreto, imerso nos valores e na historicidade da sociedade, desenvolvendo sua personalidade como ser coletivo.

Essa realidade histórica retrata da mesma forma o caminhar dos direitos de personalidade, e conseqüentemente, o direito à privacidade, haja vista que seu entendimento e sua extensão são diretamente proporcionais à valorização da pessoa como cerne do ordenamento jurídico.

1.2.3 O Direito à Privacidade como Direito de Personalidade

Os direitos de personalidade, assim como se conhece atualmente, é recente visto que oriundo de uma mudança eminentemente social ocorrida na metade do século passado. Isso se dá em razão da mobilidade de conteúdo da proteção da pessoa humana, que deve ser analisado dentro de seu contexto histórico-cultural.

Algumas medidas isoladas de proteção, mencionadas por alguns autores, são citadas como antecedentes da atual noção de direitos de personalidade, entre elas, as *dike kakegorias* dos gregos e a *actio iniuriarum* romana, esta última originária do desprezo da personalidade.⁶⁶

Milton Fernandes cita Hubmann⁶⁷, ao pesquisar o processo de evolução dos referidos direitos. Entende que os mesmos não foram concedidos aos povos desde o início do caminho através da história. Explica que

⁶⁵ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p.117.

⁶⁶ FERNANDES, Milton. **Os direitos da personalidade**, *op. cit.*, p.131.

⁶⁷ *Idem. Ibidem*, p. 131. *Apud* HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Köln. Böhlau, 1976. p.12-13.

enquanto o pensamento antigo se voltou para a natureza, o cosmos, a Idade Média, desbordando este limite, aspirou por uma ligação com o mundo sobrenatural do homem com Deus; na Idade Moderna, a tudo se acrescentou uma investigação intensiva do interior humano e de suas forças.⁶⁸

A Segunda Guerra Mundial foi um elemento balizador da construção da proteção da personalidade, visto que a proteção anteriormente existente se mostrou falha e insuficiente. Ao mesmo tempo, em razão do desenvolvimento da técnica moderna, o menosprezo à personalidade refletia-se não somente do Estado mas também de entes privados. Assim, é nesse contexto que se desenvolve a idéia de Estado Social,

no qual o ordenamento jurídico assume as funções de estabelecer e promover uma hierarquia de valores, privilegiando a pessoa humana através de uma Constituição que deixa de ser um documento de cunho basicamente político para tornar-se o ponto de convergência de todo o ordenamento⁶⁹.

Com isso, o sistema deixa de lado a pretensão de ser um sistema neutro, ao contrário, traz toda uma dimensão axiológica que deverá permear e integrar a interpretação do sistema jurídico vigente.

A democracia clama por instrumentos jurídicos aptos a essas novas características que estão acompanhadas de uma complexidade das relações sociais. A constatação de que a sociedade estava baseada em premissas incompatíveis com o sistema gerou uma

⁶⁸ FERNANDES, Milton. **Os direitos da personalidade**, *op. cit.*, p.132.

⁶⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.64-65.

*crise da dogmática tradicional, que entendia que as normas de direito público, em particular os chamados direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tinham como objetivo único a proteção do indivíduo em relação ao Estado*⁷⁰.

Tal crise manifestou-se em paralelo à crise do sujeito de direito e o questionamento em torno da dicotomia público e privado.⁷¹

Consoante exposição já realizada no presente estudo, definidos os princípios fundamentais, nas premissas da Constituição Federal, principalmente a dignidade humana, não se pode interpretar, alheamente, toda a gama de relações decorrentes do direito privado. Ao contrário, a tutela da personalidade, como muito bem leciona Gustavo Tepedino

*não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana.*⁷²

Desta feita, em síntese muito elucidativa do momento histórico em que se vislumbraram os direitos de personalidade, Giorgio Gianpiccolo descreve que foi observado que

⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001c. p.50.

⁷¹ É a sociedade tecnológica que traz a lume uma natureza híbrida dos novos temas e institutos. Gustavo Tepedino, em seu texto, Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil, expõe a inevitável alteração dos confins entre direito público e privado, “de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores” (TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001d, p. 19).

⁷² TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, op. cit., p. 50.

*o homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais: como indivíduo, o interesse a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da 'vida em relações'. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade.*⁷³

Esse reconhecimento que sobrepõe e alarga o conteúdo dos direitos de personalidade àqueles expressamente positivados pelo Poder Legislativo foi o que, em um primeiro momento, permitiu a superação das teorias negativistas⁷⁴, que negavam a existência de tal categoria de direitos.

Com esse reconhecimento, atribui-se aos direitos de personalidade um caráter essencial que, anteriormente, era atribuído, em linguagem jurídica, aos direitos subjetivos. Entretanto, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana certos direitos relativos à personalidade tomaram proporções que, caso não sejam respeitados privariam outros direitos de serem usufruídos; direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo. Deste modo a essencialidade identifica-se precisamente ao que se enquadrou como direitos de personalidade, justificando-se por serem a “*medula da personalidade*”⁷⁵.

⁷³ GIANPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza. In: **Riv. trimestrale di diritto e procedura civile**, Milão: Giuffrè, p. 458, 1958. *Apud* TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, *op. cit.*, p.24-25.

⁷⁴ Gustavo Tepedino em seu artigo, “expõe a teoria negativista, defendida entre outros por Savigny, Jellinek, Ennecerus, as quais, negando a existência dos direitos de personalidade, afirmava que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada objeto deles. Consideraram tratar-se de contradição lógica. Elimar Szaniawski em “Direitos de personalidade e sua tutela” entende que na sua concepção vêem os direitos de personalidade como “meros efeitos reflexos do direito objetivo”, isto é, a proteção não estava revestida dos característicos do direito subjetivo, limitando a reação do ordenamento contra a lesão, por meio do mecanismo da responsabilidade civil (Cf. TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, *op. cit.*, p.25-26).

⁷⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Campinas, Romana, 2004. p.24.

Os direitos de personalidade passam a ser não somente os direitos inatos⁷⁶, positivados no triunfo da escola natural, a qual concebia a existência de direitos subjetivos preexistentes, mas todos aqueles direitos referentes à personalidade que, uma vez revelados, adquirirão caráter de essencialidade.

A partir das críticas antepostas às teorias negativistas, foram construídas as bases dos direitos de personalidade à medida que a personalidade pode ser vista a partir do seu ponto de vista estrutural, isto é, a partir da personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas, bem como considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano, constituindo-se assim, bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.⁷⁷

Assim é que, a doutrina predominante, a partir dos anos 50, admitiu a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade, os denominados direitos subjetivos privados, embora bastante apegada, ao modelo dos direitos subjetivos patrimoniais, e em particular à propriedade.⁷⁸

Nas palavras muito bem escolhidas por Adriano de Cupis *“não se vê porque razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do ter, deixando de fora a categoria do ser, tanto mais que esta última abraça, precisamente, [...] os bens mais preciosos relacionados à pessoa”*⁷⁹.

O impacto sentido pelo ordenamento civil, quando do emergir da tutela da personalidade por meio do direito subjetivo tornou contraditório o sistema vigente

⁷⁶ Os direitos inatos viram seu conceito se transformar à medida que não se pode mais falar em direitos inatos como de direitos respeitantes racionalmente ao homem, devido a sua simples qualidade humana. Como enfatiza Adriano de Cupis “considerados do ângulo visual do direito positivo, eles não podem constituir mais do que simples exigência de ordem ética” (CUPIS, Adriano de, *op. cit.*, p.26).

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, p.27.

⁷⁸ Pontes de Miranda assim expõe quanto ao tema: “a imediata influência do instituto da propriedade, em tempos que conheceram a servidão e a escravidão, concorria para que se pensasse em propriedade, sempre que se descobria serem *absolutos* os direitos em causa. Ainda no século em que vivemos, juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até, a liberdade de pensamento como *direitos*”. (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. Tomo VII, p.5).

⁷⁹ CUPIS, Adriano de, *op. cit.*, p.31.

bem como proporcionou a constatação que a doutrina civilística não dera atenção equivalente às categorias, do ter e do ser, tendo esta última chamado a lume muito recentemente.⁸⁰

Reconhecidos e legitimados os direitos de personalidade, surge a discussão sobre a insuficiência que os direitos positivados traziam em si, posto que nem sempre é possível prever todos os aspectos da personalidade para que sejam efetivamente tutelados. Seguiu-se, então, uma discussão, a qual foi travada pelos defensores, de um lado, de uma tese monista, e de outro, de uma tese pluralista sobre os direitos de personalidade.⁸¹

Gustavo Tepedino faz sua crítica ao entender que não é relevante a opção pela teoria monista ou pluralista visto que a discussão se traduz em escolhas que não respeitam aos valores expressos pela Constituição, baseando-se indevidamente no paradigma dos direitos patrimoniais.⁸² O caminho a ser traçado no estudo dos direitos de personalidade deve ser olhado com uma visão global, do todo, em que a pessoa está no centro e esta, sim, é una, indivisível.

Pietro Perlingieri esmiúça o tema, ensinando que não se pode aplicar a matéria dos direitos de personalidade sobre a categoria do “ter”. Ao reconhecer que a pessoa é una e que não há tutela fragmentada, o objeto da tutela é a própria pessoa, que constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica. A personalidade não é um direito, mas, desde sempre um valor.

⁸⁰ Danilo Doneda entende que a utilização da categoria dos direitos subjetivos na tutela da personalidade foi uma reação plausível em uma determinada época: “continuar utilizando-a hoje, porém, seria fechar os olhos a uma série de mudanças estruturais no ordenamento e também a uma série de novas exigências para uma efetiva tutela da pessoa na sociedade pós-industrial” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.88).

⁸¹ Se, por um lado, a teoria pluralista entende que os direitos devem ser individualizados de acordo com seus bens correspondentes a serem protegidos sendo, pois, criticada pela insegurança alçada face à impossibilidade de prever quantos e quais seriam os direitos tutelados, por outro, a teoria monista lança mão de um direito geral de personalidade o qual compreenderia todos os direitos especiais relacionados à pessoa.

⁸² TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, *op. cit.*, p.42-43.

*O valor fundamental do ordenamento está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente imutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas.*⁸³

Diante do exposto, nota-se, definitivamente o abandono de um perfil notadamente estrutural, cujo paradigma é o da subjetividade, para almejar uma nova funcionalidade por meio de sua objetificação como valor juridicamente relevante.

Em razão dos direitos de personalidade terem uma proteção integrada voltada à proteção da pessoa como ser uno e indivisível, é possível identificar as características comuns que esses direitos partilham entre si. Dentre as quais, a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.

A generalidade na leitura de Milton Fernandes consiste “*em que toda pessoa humana é deles dotada, a priori, ou pelo só fato de o ser*”⁸⁴. A extrapatrimonialidade decorre do fato dos direitos de personalidade não terem equivalência em dinheiro. São interesses de ordem moral que, obviamente, podem ter seus reflexos econômicos, caso sejam burlados. O mesmo autor ensina que por ter oponibilidade contra todos tem caráter absoluto. A inalienabilidade ou indisponibilidade veda-lhe a cessão do direito como um todo, tornando-os irrenunciáveis e impenhoráveis. Isto é, não poderá haver renúncia, entretanto, poderá consentir em não exercê-los temporariamente, o que os torna passíveis de serem objeto de contrato.

A imprescritibilidade torna-se essencial para proteção do bem mais valioso da pessoa: a sua própria disponibilidade. E, por fim, mas não por último, a intransmissibilidade dos direitos de personalidade constitui a característica controvertida como demonstra Gustavo Tepedino posto que “*estando a significar que se extinguiria com a morte do titular, em decorrência do seu caráter*

⁸³ PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁴ FERNANDES, Milton. **Os direitos da personalidade**, *op. cit.*, p.150.

*personalíssimo, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular*⁸⁵.

A afirmação dos direitos de personalidade, no Brasil, passou pelas mesmas etapas tortuosas. Atualmente, está referendado no Código Civil vigente desde 2002. As situações-tipo trazidas no corpo do capítulo destinado aos direitos de personalidade, não devem ser lidas de maneira a excluir outras formas não previstas, posto que deve ser lido à luz da cláusula geral de proteção da personalidade presente na Constituição. Dessa forma, em leitura feita por Danilo Doneda

*a chamada 'positivação' dos direitos de personalidade pelo Código Civil não é o elemento fundador destes direitos, sendo sua função a de orientar a interpretação e facilitar a aplicação e a tutela nas hipóteses em que a experiência e a natureza dos interesses possam ter inspirado o legislador a tratá-las com maior detalhe.*⁸⁶

Entretanto, a temática dos direitos de personalidade nem sempre esteve disposta nos tratados civilistas. O Código Civil de 1916 não tratou dos direitos de personalidade posto que a ideologia da época calcada na distinção do direito público e privado entendeu que a Constituição já tratara da questão.⁸⁷

Eventual necessidade de proteção à pessoa, no seu relacionamento privado, somente se visualizaria em dois caminhos, por meio de leis esparsas que fragmentariam as leis civis já ordenadas no Código Civil vigente ou constitucionalizá-

⁸⁵ Tepedino apresenta as mesmas características de Milton Fernandes neste texto, entretanto, prefere a expressão caráter absoluto à absolutismo (TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**, *op. cit.*, p.34).

⁸⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.96.

⁸⁷ “Só encontramos uma justificação para omissão desta matéria no Código Civil. Razões pragmáticas, que tanto pesaram na sua elaboração, terão feito pensar que a matéria estava já regulada na Constituição (de 1891). Quis-se assim evitar a duplicação que consistiria em retomá-la no Código Civil [...] Mas isto gerou uma situação algo anômala. O Código Civil não regulou os direitos da personalidade porque não quis duplicar a Constituição; esta não regula os direitos civis, porque o que a preocupa são as vinculações do Estado perante os cidadãos” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v.342, p.123, abr./jun. 1998).

las, inserindo tal tutela no texto na Constituição Federal⁸⁸, o que à época não era possível em virtude do conceito individualista de liberdade adotado pela Constituição de 1891.

O aspecto social somente começaria a ser analisado sob a influência da República de Weimar, por meio da Carta de 1934, interrompida por uma Carta autoritária de 1937. A Constituição de 1946 resgata a essência social, porém também é interrompida por um golpe militar o qual refletiu na Carta de 1967 e muito mais rigidamente na Carta de 1969. Somente a Carta de 1988, chamada de Constituição-cidadã, demonstrou uma expressa preocupação com os valores da personalidade, ao fixar uma cláusula geral de tutela da pessoa humana e disciplinar alguns direitos de personalidade. O principal preceito constitucional, neste sentido, está contido no art. 5º., X, o qual trata exatamente do direito à privacidade, à honra e à imagem das pessoas.

Atualmente, o Código Civil reserva o Capítulo II (artigos 11 a 21) aos direitos de personalidade. A proteção à personalidade encontra sua garantia na cláusula geral da personalidade, que tem como valor intangível, a dignidade da pessoa humana, princípio consagrado constitucionalmente e integrador do ordenamento pátrio. Tal princípio norteia as relações públicas e privadas de forma a pôr fim na divisão taxonômica a qual usualmente se aplica às relações jurídicas e pretende distinguir e definir os direitos de personalidade de outros direitos. Deve, ainda, condicionar o intérprete e o legislador ordinário.

Dentre os artigos do referido capítulo, encontra-se, no artigo 21⁸⁹, o reconhecimento da privacidade como direito da personalidade. Está sujeito, portanto, ao respectivo regime de proteção jurídica, do qual se destaca o caráter

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b. p.1-16; LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Cap. 1.

⁸⁹ Artigo 21 – A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

preventivo, a idéia de que se deve evitar a lesão ao direito (consoante a norma descrita no artigo 12⁹⁰).

Quer seja sua natureza de um direito fundamental, quer seja de um direito de personalidade, a privacidade demonstra o ponto em comum para o qual o ordenamento caminha: à preservação da dignidade humana.

Leonardo Roscoe Bessa, define que esse encontro entre os direitos de personalidade e os direitos humanos, *“se inserem no fenômeno maior de interpenetração do público e do privado, exigindo do jurista de hoje novas posturas que impliquem uma visão integral e unificadora do direito”*.⁹¹

O questionamento que deve permanecer na prática diária do jurista não mais se estabelece na possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas sim em seu grau de eficácia. Não se deve manter o olhar para identificar se se trata de pessoa pública ou privada que ameaça ou ofende o direito, mas nos meios e graus de violação desse direito.

Por isso, quando se propõe a estudar a temática dos arquivos de consumo, imprescindível se torna, a análise da privacidade e a transformação de seu conceito, para que se possa melhor avaliar e sopesar os direitos que envolvem esta relação. Por fim, o que não se deve olvidar é que esse é o caminhar que o direito como um todo está seguindo, cultivando e protegendo integralmente a pessoa humana, cuja dignidade, é valor intangível reconhecidamente inerente a todos.

1.3 O IMPACTO DO FENÔMENO INFORMÁTICO

Se todos os caminhos convergem à exaltação e respeito à pessoa humana, paralelamente tem-se que um dos principais agentes de transformação das

⁹⁰ Artigo 12 – Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

⁹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Os limites dos bancos de dados de proteção as crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.74.

sociedades atuais é a técnica. Ou melhor, as técnicas, sob suas diferentes formas, seus usos diversos e todos os reflexos que elas têm sobre o cotidiano.

Não se pode perder de vista que os agentes efetivos são indivíduos situados no tempo e no espaço, entretanto, a mudança técnica

*desestabiliza o antigo equilíbrio de forças e das representações, estratégias inéditas e alianças inusitadas tornam-se possíveis. Uma infinidade heterogênea de agentes sociais exploram as novas possibilidades em proveito próprio (e em detrimento de outros agentes), até que uma nova situação se estabilize provisoriamente, com seus valores, suas morais e sua cultura locais.*⁹²

Enquanto a fala e a escrita foram descobertas que revolucionaram a comunicação, permitindo uma identificação e uma facilidade em transferir informações e conhecimento, a Revolução Industrial, trouxe, com a mecanização, a possibilidade de avanços significativos na operacionalização industrial, na química, na impressão, na mecanografia, nos novos meios de comunicação e de transporte, bem como na eletricidade. Atualmente, a informática é o grande desestabilizador de forças, posto que esse avanço da comunicação uniu, não somente a transmissão da informação, mas também a velocidade e a facilidade de acesso a tais informações.

A informática atrela em seu contexto não apenas um elemento intelectual, no qual há o tratamento da informação, mas também um tecnológico, em que os computadores, cada vez mais potentes, podem armazenar uma quantidade ímpar de dados.⁹³

⁹² LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. p.16.

⁹³ Milton Fernandes apoiado na definição da academia francesa conceitua informática como “a ciência do tratamento racional, notadamente por máquina automáticas, da informação considerada como o suporte dos conhecimentos e das comunicações nos domínios técnico, econômico e social” (FERNANDES, Milton. O “Habeas data” como defesa à ameaça tecnológica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 83, v. 704, p.63-70, jun. 1994).

A informática cria inúmeras possibilidades para a inventividade humana que não mais se restringe ao seu próprio potencial de armazenamento e memória. A afirmação de Pierre Levy garante que

*as relações entre os homens, o trabalho, a própria inteligência dependem, na verdade, da metamorfose incessante de dispositivos informacionais de todos os tipos. Escrita, leitura, visão, audição, criação, aprendizagem são capturados por uma informática cada vez mais avançada”.*⁹⁴

A evolução informática, representada pelos computadores e seus programas de gestão do conhecimento e da informação, nos remetem a um novo mundo, com mudanças evidentes a todos os cidadãos.

É por meio deste progresso que nos defrontamos com uma medicina nunca antes imaginada, capaz de clonar órgãos e animais, alcançar a cura de diversos males por meio de procedimentos cirúrgicos precisos e diagnósticos mais detalhados. As comunicações aproximam pessoas localizadas em pontos distantes do planeta, sendo possível realizar videoconferências como se todos estivessem no mesmo local. As transmissões de televisão estão a cada dia com imagens mais nítidas dos lugares mais remotos e com transmissão simultânea, via *Internet* para todos os cantos do mundo. As câmeras de vigilância permitem um olhar mais atento à segurança, sendo possível acompanhar os acontecimentos de sua moradia ou local de trabalho a quilômetros de distância. Os veículos automotores utilizam tecnologia por satélite para fornecer o caminho mais apropriado entre dois pontos, bem como dispositivos de segurança suficientes para evitar tragédias.

Como se não bastasse, hoje a informática trabalha em redes conectadas no mundo inteiro, diminuindo distâncias e permitindo o acesso de informações em tempo real. É a *Internet*, meio de comunicação que interliga dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro.

⁹⁴ LEVY, Pierre, *op. cit.*, p.7.

Sua criação data do final da década de 1960 e está diretamente vinculada a uma estratégia de defesa do governo americano contra ataques nucleares russos. O projeto *Arpanet* tratou de instalar redes locais (LAN) posicionadas em lugares estratégicos do país e conectadas por meio de redes de telecomunicação geográfica (WAN) de forma a garantir a comunicação de todos os pontos conectados mesmo que um deles viesse a ser destruído. Entretanto, seu uso somente foi difundido após 1973, data em que Vinton Cerf, do Departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia, registrou o Protocolo Internet (*Internet Protocol – IP*) o que permitiu que sistemas incompatíveis se comunicassem.⁹⁵

Mas isso ainda não foi suficiente para disseminar o uso da *Internet*, pois faltava uma linguagem capaz de produzir, de forma particularizada, as mensagens a serem divulgadas e as informações a serem transmitidas. O que permitiu essa transformação da *Internet* em um instrumento de comunicação de massa foi o *World Wide Web (WWW)*, a denominada rede mundial.⁹⁶ Nascida em 1989 é

*composta por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagens e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos. Com um clique no mouse o usuário pode ter acesso aos mais variados serviços, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso.*⁹⁷

Não bastasse a facilidade trazida pelo acesso à informação, a transmissão de dados multiplicou-se pelos meios eletrônicos. A comunicação escrita, que antes era realizada por carta ou fac-símile pode ser realizada via correio eletrônico. Inúmeros documentos são transmitidos instantaneamente somente pressionando o botão de envio.

⁹⁵ PAESANI, Liliana Minardi, *op. cit.*, p.25.

⁹⁶ No Caderno Informática, do jornal Zero Hora, publicado em 11 de março de 2007, consta que o Brasil é o 11º. país em quantidade de internautas com 14,96 milhões de usuários. Isso representa um acréscimo de 16% comparativamente ao período de janeiro de 2006 e janeiro deste ano. O maior volume de usuários encontra-se nos EUA, 153,44 milhões.

⁹⁷ PAESANI, Liliana Minardi, *op. cit.*, p.26.

A transmissão de voz, antes realizada via telefone, da mesma forma pode ser realizada por meio eletrônico. Diversos são os *softwares* que, inclusive, realizam o serviço gratuitamente.⁹⁸ As imagens, antes somente retransmitidas pela televisão, estão à disposição para acesso a qualquer momento em *sites*. Todas essas inovações permitem visualizar a estreita ligação do desenvolvimento dos meios eletrônicos com o barateamento das comunicações.⁹⁹

Atualmente, a *Internet* é apenas uma das vastas possibilidades da transmissão de dados via banda larga, que é a forma como os dados são transmitidos.¹⁰⁰ Os avanços tecnológicos dessa área estão sendo feitos no sentido de aumentar, ainda mais, a banda que faz a transmissão de dados, o que eleva, sobremaneira, a interatividade dos meios de comunicação e de usuários, e dos usuários entre si, principalmente em qualidade de som e imagem antes inviáveis.¹⁰¹

Logo, o progresso informático atinge diretamente a ciência do Direito, bem como seus agentes sociais, alterando sua realidade e clamando por uma revisitação de antigos conceitos.

Não por acaso que o início dos debates doutrinários sobre o direito à privacidade ocorre em razão do fenômeno informático, principalmente, porque

sua lógica não costuma ser a do indivíduo, visto que os custos e os meios de produção envolvidos requerem a quantidade para que sejam viáveis; e, portanto, podemos dizer que este sistema funciona tendo em vista basicamente os grandes números – dentro dos quais

⁹⁸ Muito se fala nos *softwares* MSN e SKYPE, que tratam de programas de comunicação instantâneas que também permitem a comunicação por áudio e vídeo. Esses programas estão disponíveis para instalação em qualquer computador com as configurações básicas necessárias.

⁹⁹ PAESANI, Lílana Minardi, *op. cit.*, p.26.

¹⁰⁰ Na mesma reportagem do caderno Informática, do jornal Zero Hora, publicada em 11 de março de 2007, consta que a conexão em banda larga dobrou no período de um ano. Atualmente, os brasileiros passam por mês, em média, 38, 5 horas em banda larga, contra 17 horas na conexão discada.

¹⁰¹ Constata-se essa afirmação a partir do sucesso que o *site* chamado You Tube (www.youtube.com) está fazendo quando qualquer pessoa pode incluir um vídeo de forma que todos os outros usuários que estão conectados à rede possam acessá-lo e vê-lo inúmeras vezes.

*se diluem os indivíduos e também um humanismo clássico com saldos suportes em sua conotação ética”.*¹⁰²

O perfil dinâmico da tecnologia está diretamente vinculado à noção de progresso que, pelo olhar histórico, se traduz em poder. O desvio natural do foco à pessoa humana, advindo dos avanços informáticos remete-nos aos direitos fundamentais, tão estudados e protegidos ao longo dos séculos, bem como aos direitos de personalidade, conquista recente. O impacto deste fenômeno revela, ainda mais, a necessidade de revisitar conceitos, dentre eles o da privacidade.

1.4 PERFIL ATUAL DA PRIVACIDADE

Sempre serão tentativas, as iniciativas que, porventura, tentarem definir um conteúdo único e estático de privacidade. Há uma dificuldade em encontrar uma definição “âncora”, que traduza uma consolidação do seu tratamento semântico.¹⁰³

José Adércio Leite Sampaio conclui pela dificuldade em enquadrar a definição da privacidade por conta

*dos fatores culturais e sociais interferentes na metódica que se pretende apta a fornecer um conteúdo universal, como ainda o caleidoscópio ou, por outra, o amálgama em que se traduzem, no seio de uma sociedade industrial e informatizada, as múltiplas acepções de intimidade.*¹⁰⁴

¹⁰² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.38.

¹⁰³ Danilo Doneda identifica que este, não é um problema próprio da doutrina brasileira, citando o vocábulo *privacy* que engloba diversas situações e varia consideravelmente entre os EUA e Reino Unido (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.102).

¹⁰⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.262.

Não é somente a delimitação do conteúdo da privacidade que demonstra um caráter mutante. A verdade sobre determinada idéia ou conceito nunca será absoluta. Sua busca incessante é ato contínuo que deve estar atenta aos fatos conjunturais que o circundarão, posto que a verdade está sempre encoberta. A verdade passa a ser sinônimo de desvelamento dentro de uma compreensão existencial e historicista. É José Carlos Moreira da Silva Filho que traduz essa forma heideggeriana de vislumbrar a verdade

*as idéias, conceitos e demais realizações humana estão apoiadas no horizonte que cada época descortina, ou seja, o homem e suas obras são frutos da historicidade a eles inerentes.*¹⁰⁵

As palavras carregam a força do consenso atingido em um determinado espaço temporal haja vista que a mesma palavra pode carregar significados e sentidos diversos os quais somente tomam forma dentro de um contexto próprio e individualizado. No Direito, a transformação social é advinda de conquistas permeadas por ideais comuns que são transformados e armazenados em palavras e conceitos representativos de uma coletividade e que se tornam de uso corrente durante determinado período de tempo.

Constata-se, pois, ao analisar a expressão privacidade, a necessidade de serem avaliadas quais são as pessoas que a utilizam, em que local e em que época, posto que reflete um forte conteúdo social e ideológico.

De fato, o problema reside menos na definição em si do que na determinação do que se espera e do que contenha essa definição. Como bem expõe Danilo Doneda

¹⁰⁵ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Heremênutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a. p.158.

o contexto em que se tenta definir a privacidade não raro é reduzido a uma perspectiva epistemológica conceitualista, que visa (por vezes sem a consciência disto), em primeiro lugar, à coesão do sistema, operando precisamente através de um processo de generalização, do qual a individuação de um conceito dogmático é seu ápice.¹⁰⁶

Finaliza o jurista afirmando que é necessário considerar tal indeterminação como uma característica ontológica da própria construção da esfera privada.

O vocábulo privacidade tem raiz latina, advindo do verbo *privare*¹⁰⁷, entretanto a sua utilização em nossa língua está mais vinculada a sua expressividade e uso corrente na língua inglesa.

A falta de uma definição que congregue as diversas acepções, não impede que, apesar de historicamente recente, já seja possível identificar uma tendência à uniformização, ao menos de um “*conteúdo mínimo*”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.104-105.

¹⁰⁷ O Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, em sua última edição, reconhece a proveniência latina da palavra bem como a da língua inglesa. Percebe-se a atualidade do uso da palavra, haja vista pesquisa realizada em dicionário do mesmo autor, porém, na edição de 1985 a palavra privacidade sequer está relacionada.

¹⁰⁸ Expressão utilizada por Danilo Doneda, **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.103 e 140, que remete essa unificação à Diretiva da União Europeia 46/95/CE.

A opção, no presente estudo pela expressão privacidade pretende unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada, sendo possível identificá-la na doutrina e na jurisprudência¹⁰⁹ mais recentes.¹¹⁰

Desta forma, se em um primeiro momento, a privacidade apresentava-se como o direito de estar só, posteriormente, o direito à privacidade “se apresenta como um direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais.”¹¹¹

O direito à liberdade, enquanto conteúdo da privacidade, traz um duplo sentido que, além da não intromissão, compreende o direito de escolha, a completude da autonomia da pessoa humana. Ambos estão interligados e se comunicam com os preceitos contidos na Constituição Federal Brasileira.

Isso é percebido principalmente pela influência dos avanços realizados no campo informático, haja vista que o poder da informação multiplicado pela

¹⁰⁹ O órgão máximo do judiciário nacional, o Supremo Tribunal Federal já se utiliza do termo privacidade em seus acórdãos. EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ESCUTA TELEFÔNICA. OUTROS MEIOS DE PROVA. LICITUDE. Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo. Não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante. Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos. *Habeas corpus* indeferido. (*Habeas Corpus* nº 76.203-0/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio, 17.11.2000).

EMENTA: PRIVACIDADE – SIGILO DE DADOS – REGRA E EXCEÇÃO. A regra, constante no rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção. DECISAO JUDICIAL – FUNDAMENTAÇÃO- SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional – intangibilidade de dados relativos à pessoa -, indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão. (*Habeas Corpus* nº 86.094-0/PE. Primeira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. 10.09.2005)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º. X. I – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que Constituição protege – art. 5º., X – não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II – R. E.não conhecido. (RE nº 219.780-5/PE. Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. 13.04.1999).

¹¹⁰ O constitucionalista José Afonso da Silva, em sua análise das garantias fundamentais, atenta-se ao direito à privacidade, justamente por entender mais genérico e amplo. (SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 190). Em artigos mais recentes sobre o tema identifica-se esta tendência como em RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na Internet: uma primeira reflexão. *Revista do Direito do Consumidor*, v.11, n.41, p.151, jan./mar. 2002. Da mesma forma Carvalho, 2003, p. 77-119.

¹¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.263.

capacidade patrocinada pela informática e tanto mais pela *Internet*, deslocou os ataques à privacidade do setor público para o meio empresarial que, preocupado em alcançar os desejos mais íntimos dos seus consumidores, busca coletar o maior número de dados possíveis para desenvolver e oferecer produtos e serviços mais adequados aos perfis traçados. Assim, não é difícil que, para buscar informações de um *site* de uma empresa específica, seja necessário cadastrar-se, fornecendo um número considerável de dados pessoais, muitas vezes referente a hábitos e preferências.

Ricardo Lorenzetti explana essa situação:

*O sujeito-usuário declina seus dados pessoais e estes são registrados de maneiras variadas e utilizados para fins bastante diversos, que incluem aspectos tão variados como o marketing, o controle da vida privada, a perseguição política ou a discriminação.*¹¹²

Uma das formas mais premente de invasão à privacidade, possibilitada pelos avanços informáticos é a instalação, nos computadores dos usuários, sem qualquer autorização prévia, dos chamados *cookies*. Conceitualmente,

*são fichários de dados gerados através das instruções que os servidores web enviam aos programas navegadores e que são guardados num diretório específico do computador do usuário. É um instrumento de obtenção de dados sobre os hábitos de consumo, frequências de visita a uma seção determinada, tipo de notícias a suprir.*¹¹³

¹¹² LORENZETTI, Ricardo. Informática, *Cyberlaw* e *e-Commerce*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.490.

¹¹³ *Idem. Ibidem*, p. 490-491.

Diante disso, é possível identificar o computador e, portanto, seu usuário, que conectado à rede informará todos os seus passos em dias e horas, possibilitando que seja traçado seu perfil exato.

A questão torna-se mais complexa na medida em que os dados coletados a partir da identificação das máquinas, por meio dos *cookies*, sejam cruzados com informações já constantes em outros cadastros de consumidores, o que permite visualizar todos os hábitos, quer sejam físicos ou virtuais, de determinado sujeito.

O conhecimento dos hábitos de potenciais clientes possibilita uma série de conflitos e invasões de privacidade, sendo o problema do *spam* um dos mais discutidos. Com essa ferramenta, são enviadas mensagens de publicidade, não autorizadas, muitas vezes, em razão da conformação de perfis de consumo realizados por coleta de dados via *Internet*. Trata-se de *marketing* barato que, todavia, confronta com a liberdade de escolha do indivíduo de receber tais informações e, assim, decidir pelo livre desenvolvimento de sua personalidade.

Outro fato decorrente do desenvolvimento da informática é o incremento, sem precedentes, do fluxo de informações. O que acontece neste momento nas batalhas travadas no Iraque, nos catástrofes naturais da Ásia, na economia americana e na cultura europeia, fica-se sabendo em tempo real no Brasil. Câmeras de monitoramento de vigilância estão por todos os lados, rastreando cada passo do cidadão, sob o fundamento de segurança. Comunicações de todos os tipos estão sujeitas a monitoramento constante dos fluxos de informações, conforme se identifica em iniciativas como o Carnivore¹¹⁴ e o Echelon¹¹⁵. A facilidade no acesso e na disposição destas informações faz com que perfis sejam traçados a partir de tratamentos de dados disponíveis em bancos de dados genéticos e hábitos alimentares que estão sediados na Suíça, por exemplo. Sob esta perspectiva as violações da privacidade tomam proporções nunca antes imaginadas o que cresce a necessidade de proteção.

¹¹⁴ Túlio Lima Viana explica “carnivore é um método de controle de fluxo de informações aplicado pelo FBI norte-americano, e por ele mesmo assim nomeado. Constitui-se em um programa de interceptação que deve ser aplicado aos fornecedores de serviços relacionados à Internet, para que haja um maior controle do fluxo de informações que circula pelos computadores servidores dos fornecedores de serviços. Consiste basicamente em um conjunto de *hardware* e programa de computador (*online wiretapping system*), no qual as informações dos usuários dos servidores do respectivo fornecedor em que estão instalados irão circular. O resultado, como é evidente, acaba por ser um(a) (tentativa) total controle das comunicações via *Internet* que ocorrem através de fornecedores de serviços norte-americanos” (VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**: o direito como um instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.40).

¹¹⁵ “O sistema designado por “ECHELON” distingue-se dos outros sistemas de informação pelo fato de apresentar duas características destinadas a conferir-lhe um nível de qualidade muito específico. A primeira característica que lhe é atribuída é a capacidade praticamente global de vigilância. Recorrendo principalmente a estações receptoras via satélite e a satélites de espionagem, será possível interceptar qualquer comunicação via telefone, telefax, *Internet* ou *e-mail*, emitida seja por quem for, de molde a aceder ao respectivo conteúdo. A segunda característica apontada ao ECHELON é o fato de o sistema funcionar em nível mundial graças a uma cooperação entre vários países (o Reino Unido, os EUA, o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia), o que representa uma mais-valia relativamente a sistemas nacionais: os diferentes países que participam no sistema ECHELON (Estados UKUSA) podem disponibilizar reciprocamente os respectivos dispositivos de escutas, partilhar entre si os encargos e utilizar em comum os resultados obtidos. Essa forma de cooperação internacional é essencial, precisamente, para a vigilância das comunicações de rádio via satélite, pois só assim se pode assegurar que, no caso das comunicações internacionais, seja possível interceptar as informações transmitidas por ambos os interlocutores. Dadas as suas dimensões, é absolutamente evidente que não é possível instalar estações receptoras de comunicações via satélite no território de um país sem o respectivo consentimento. Para tal, é indispensável o acordo mútuo e uma cooperação partilhada entre vários países distribuídos pelo Globo (PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório sobre a existência de um sistema global de interceptação de comunicações privadas e econômicas (sistema de interceptação ECHELON)**). Relator Gerhard Schmid, 11 de julho de 2001. 198p. Disponível em: <http://www.europarl.eu.int/comparl/tempcom/echelon/pdf/rapport-echelon_pt.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2006. p.24-25).

Com estas mudanças ocorridas pelo fenômeno informático, a construção de um discurso sobre a privacidade não pode mais ser feita a partir de bases proprietárias. O deslocamento da pessoa para o centro do ordenamento jurídico e como princípio fundamental não permite mais essa leitura.

Nas palavras de Danilo Doneda

*A privacidade assume, portanto, posição de destaque na proteção da pessoa humana, não somente tomada como escudo contra o exterior – na lógica da exclusão – mas como elemento positivo, indutor da cidadania, da própria atividade política em sentido amplo e dos direitos de liberdade de uma forma geral. Neste papel, [...] pressuposto de uma sociedade democrática moderna, da qual o dissenso e o anticonformismo são componentes orgânicos.*¹¹⁶

Por outro lado, há tendência doutrinária, para possibilitar melhor compreensão do direito à privacidade, em utilizar a doutrina de Hubmann, o qual, a partir de sua teoria das esferas ou *Sphärentheorie*, conduziu a doutrina alemã a estabelecer critérios metodológicos que definem níveis concêntricos para as facetas da privacidade. A doutrina, quando expõe esses círculos, denomina-os de formas diversas¹¹⁷; entende-se a esfera privada, o mais amplo desses círculos concêntricos, posto que contempla esferas progressivamente menores, na medida que a privacidade seja restringida.

Desta forma, o primeiro círculo concêntrico é o da esfera da vida privada (*privatsphäre*), isto é, todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o

¹¹⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.142. O mesmo autor expõe a importância histórica para análise comparativa e evolutiva do conceito de privacidade, porém não pode servir como fundamentação para novas modalidades de leitura da privacidade como propriedade. Inclusive, rejeitando as teses que consideram as informações pessoais como um bem (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.261).

¹¹⁷ Robert Alexy, em sua obra **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1993. p.349 *et. seq.*, distingue a teoria das esferas de acordo com o Tribunal Constitucional alemão em: *esfera mais interna*, o qual refere-se ao âmbito mais íntimo, *esfera privada ampla*, englobando o âmbito privado à medida que não pertença mais a esfera mais íntima e *esfera social*, a qual abrange a vida pública. Para o assunto consultar o texto de Vânia Siciliano Aieta (AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999).

indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Com acesso mais restrito, está a esfera confidencial¹¹⁸ ou da intimidade (*vertrauenssphäre*) na qual é o próprio indivíduo quem opta em levar sua intimidade a conhecimento de pessoas de sua confiança. Por fim, no âmago dos círculos da esfera privada, encontra-se a esfera do segredo (*geheimsphäre*), a qual compreende “os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos”¹¹⁹.

Com efeito, definir a privacidade em círculos concêntricos, como a teoria das esferas, chega ser jocosamente referida pela própria doutrina alemã como a “*teoria da pessoa como uma cebola passiva*”, ao menos no que se refere à sua aplicação em tema da proteção de dados pessoais pelo Tribunal Constitucional Alemão.¹²⁰

Outras teorias chegam para, então, englobar o conteúdo da privacidade. Leonardo Roscoe Bessa faz referência à teoria do mosaico, cuja idéia foi proposta por Fulgencio Madrid Conesa frente à insuficiência da teoria das esferas para abarcar as novas e sofisticadas formas de ataque à privacidade. Consoante a descrição do citado autor

*um dos aspectos da teoria sustenta que existem dados, a priori, irrelevantes sob o prisma de proteção da privacidade, mas em conexão com outras informações, também irrelevantes, podem servir para tornar completamente transparente a personalidade de um cidadão.*¹²¹

O debate está ainda em aberto, entretanto o que deve ser focado é a tutela dispensada as diversas facetas da privacidade. Se por um lado, temos uma tutela remedial para os efeitos da liberdade negativa de não intromissão encerrada dentro de seu conteúdo, temos que vislumbrar uma tutela para a liberdade positiva. Tal tutela representa característica desta nova era de estatutos específicos com caráter

¹¹⁸ Termo utilizado por FARIAS, Edilsom Pereira de, *op. cit.*, p.140.

¹¹⁹ *Idem. ibidem*, p.140.

¹²⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.109.

¹²¹ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.91.

social iminente. Desta forma, o legislador age por meio de leis de incentivo, propondo vantagens ao destinatário da norma. Vislumbra-se a uma função promocional do direito.¹²²

Quanto à privacidade tal função promocional está diretamente vinculada a uma construção da esfera privada pessoal na qual haja a possibilidade de acessar e escolher os dados e as informações que formarão o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Amparado por Pietro Perlingieri, Danilo Doneda, enquadra a privacidade como uma situação subjetiva complexa, isto é, *“uma situação que não se expressa através do exercício arbitrário do poder pelo seu titular quanto da coletividade, que pode dar origem a poderes bem como a deveres, obrigações, ônus aos envolvidos”*.¹²³

O caminhar da privacidade está cada vez mais direcionado para uma trilha com diversos entroncamentos e encruzilhadas, onde a escolha, a proatividade da pessoa humana determinará o ponto de chegada. A construção da personalidade e do caráter de cada indivíduo torna-se o resultado da soma de suas escolhas. A privacidade transforma-se no próprio caminho.

O reconhecimento da privacidade não somente como um valor conduz o instituto a assumir seu *caráter relacional*, que *“deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior – pela qual a pessoa determina sua inserção e exposição”*.¹²⁴

Como aspecto não-finalístico, isto é, sendo o próprio caminho ao livre desenvolvimento da personalidade, verifica-se que o real interesse presente na

¹²² Gustavo Tepedino apresenta a função promocional do direito “consubstanciada exatamente na promoção de certas atividades ou comportamentos, almejados pelo legislador, através de normas que incentivam os destinatários, mediante o oferecimento de vantagens individuais”. Identifica uma passagem de um estado garantista para um dirigista e conseqüentemente uma metamorfose do direito instrumento de controle social no estrito sentido da palavra a um instrumento de direção social (TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**, *op. cit.*, p. 9-10).

¹²³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.144.

¹²⁴ *Idem. Ibidem*, p.146. O autor, inclusive, considera que entender a privacidade, por si só, um valor, seria distorcer seu objeto, aproximando as concepções individualista que lhe deram origem.

tutela da privacidade é o da dignidade da pessoa humana, o qual irá, em última análise, definir seu plano de aplicação. Danilo Doneda elenca algumas vantagens dessa perspectiva

*(i) ela pode compreender tanto a tutela da informação fornecida quanto daquela recebida (em terminologia conhecida, o controle dos inputs e outputs de informação) por uma pessoa; (ii) ela pode ser utilizada igualmente em situações nas quais a privacidade esteja no âmago do problema, bem como em outras nas quais a privacidade seja um aspecto secundário, mas que depende igualmente de uma tutela. Estaria inserida, portanto, tanto em situações patrimoniais quanto não-patrimoniais, aumentando o espectro da efetividade da tutela.*¹²⁵

Stefano Rodotà compreende o princípio da dignidade da pessoa humana como balizador do ordenamento jurídico e centro de irradiação de autonomia para construção da individualidade e personalidade própria de cada ser. Assim apresenta a privacidade como

*diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare la modalità di costruzione della propria sfera privata. L'oggetto di questo diritto si specifica, e può essere identificato nel 'patrimonio informativo attuale o potenziale' di un soggetto.*¹²⁶

A informação torna-se o objeto da privacidade, destacando seu papel essencial para a construção da esfera privada pessoal. Essa esfera não é a referente à da teoria desenvolvida por Hubmann, mas sim aquela, que está diretamente vinculada ao livre desenvolvimento da personalidade.

O estudo sobre o potencial informativo na sociedade atual afeta claramente a performance da privacidade e sua tutela, principalmente quando se refere ao

¹²⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.146-147.

¹²⁶ RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995. p.122.

tratamento de dados pessoais. José Adércio Leite Sampaio, após análise de doutrina e jurisprudência estrangeiras, indica a proteção de dados pessoais como um dos seis tópicos contidos no conteúdo da privacidade.¹²⁷

Quando se contrapõe essa turbulenta temática às relações de consumo, mais precisamente, no tratamento de dados pessoais nos arquivos de consumo, se percebe a vulnerabilidade da pessoa humana, enquanto ser digno e consciente de suas escolhas. Em toda essa problemática são essenciais a informação e o consentimento.

Um novo perfil para a privacidade fundado na construção de uma esfera privada e seu alinhamento aos valores positivados na Constituição Federal, edificada pelo valor e pelo princípio da dignidade humana são os balizadores, que alicerçam o presente estudo, que segue seu trilhar enfocando o relacionamento, as confluências e divergências da privacidade, informação e relações de consumo, principalmente, quando se está diante da coleta e armazenamento de uma quantidade infinita de dados pessoais.

¹²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.122 *et seq.* Somem-se à proteção dos dados pessoais, o direito ao respeito da correspondência, direito ao respeito ao domicílio, liberdade sexual, identidade sexual e liberdade da vida familiar.

2 INFORMAÇÃO E PRIVACIDADE: A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS

2.1 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O filme *Land of the Pharaohs*, em português Vale dos Reis, produzido em 1955, dirigido por Howard Hawks descreve o quanto a informação teve, tem e terá, cada vez mais, papel fundamental na condução e no desenvolvimento humano e da sociedade. A cena representativa retrata a construção da grande pirâmide egípcia. O Faraó corta a língua de um grupo de voluntários porque a ordem era a morte, para todos, assim que o Faraó fosse enterrado. Assim, o segredo da tumba jamais seria revelado.

Se nos tempos de outrora, o ato de cortar a língua representava o controle sobre a circulação de informações dignas de confidencialidade, atualmente, a situação é outra. O potencial e a dimensão da informação vêm se agigantando com os avanços tecnológicos que permitem ter acesso instantâneo ao que ocorre em qualquer lugar, por mais remoto que seja. Dessa constatação pode-se observar o surgimento de uma nova estrutura social “*associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção, no final do século XX*”¹²⁸.

¹²⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 51.

Também chamada de Sociedade da Informação¹²⁹, expressão usualmente referida, a informação torna-se o eixo de funcionamento da sociedade contemporânea. Há um novo entendimento de informação que tem no suporte tecnológico sua grande razão de ser¹³⁰.

São as formas de relações técnicas de produção, cada qual adaptadas a sua época, que refletem os modos de desenvolvimento da sociedade. Assim é que, ao longo da história, vivenciaram-se os modos de desenvolvimento agrário, industrial e, atualmente, o que Manuel Castells denomina de informacional no qual “*a fonte de produtividade acha-se na tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento da informação e de comunicação de símbolos*”¹³¹.

Com efeito, o que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimento e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento e comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso¹³².

Isto é, percebe-se que o processo criativo do ser humano tem papel fundante na nova ordem que se cria. Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção.

Essa nova realidade tecnológica impõe uma nova visão e uma nova interpretação para questões de ordem ética e jurídica que gravitam em torno desta sociedade informacional. Cabe identificar aspectos centrais do novo paradigma

¹²⁹ José de Oliveira Ascensão entende que “Sociedade de Informação” não é um conceito técnico: é um *slogan*. Prefere a utilização de Sociedade da Comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito *lato* se pode qualificar toda a mensagem como informação (Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71).

¹³⁰ Para Castells as sociedades podem ser caracterizadas ao longo de dois eixos: os modos de produção e os modos de desenvolvimento. O modo de produção é o conjunto de regras estabelecidas pelas estruturas sociais que determinam como será apropriado, distribuído e usado o excedente do produto. Tratam-se das relações sociais de produção. Entretanto, se por um lado se têm as relações sociais de produção, por outro, se têm as relações técnicas de produção, as quais definem os modos de desenvolvimento. Os modos de desenvolvimento “são os procedimentos mediante os quais os trabalhadores atuam sobre a matéria para gerar o produto, em última análise, determinando o nível e a qualidade do excedente” (CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p.53-56).

¹³¹ *Idem. Ibidem*, p.53

¹³² *Idem. Ibidem*, p.69.

envolto na tecnologia da informação que representam a base material da sociedade da informação propostos por Castells¹³³ e seguido por Wachowicz¹³⁴.

Primeiramente, o paradigma apresentado é o da informação como matéria-prima, haja vista que “*são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores*”.¹³⁵

O segundo paradigma a ser analisado é a informação como parte integral de toda a atividade humana. Sob esse aspecto, pode-se avaliar a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias. Percebe-se que esse paradigma traz uma grande novidade: a possibilidade de a pessoa determinar e manipular a informação recebida, ou seja, o indivíduo tem autonomia suficiente para ser editor e emissor de informação, flexibilizando papéis que outrora eram estanques¹³⁶.

O terceiro paradigma a ser apresentado trata da lógica das redes, elemento necessário para estruturar o não-estruturado, porém preservando a flexibilidade, pois o não-estruturado é a força motriz da inovação na atividade humana¹³⁷.

O quarto paradigma é a flexibilidade que remonta a capacidade de reconfiguração, um aspecto decisivo em uma sociedade caracterizada por constante mudança e fluidez organizacional¹³⁸.

Por fim, mas com a mesma intensidade dos anteriores, vem o paradigma da convergência de tecnologias. A linguagem falada e escrita produziu, nos mais variados momentos da humanidade, várias técnicas de processamento, armazenamento, recuperação e difusão de informação. A palavra escrita foi a base documental de conhecimentos técnicos específicos, sendo até o momento o mais importante meio de comunicação conhecido. Esse novo paradigma da tecnologia da

¹³³ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p.108.

¹³⁴ WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. **Direito da propriedade intelectual: estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Hammes**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 76.

¹³⁵ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p.108.

¹³⁶ WACHOWICZ, Marcos, *op. cit.*, p.78.

¹³⁷ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p.108.

¹³⁸ *Idem. Ibidem*, p.108.

informação aponta para a “*crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, no qual trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado*”.¹³⁹

Desta forma, telecomunicações e computadores ainda são vistos de forma distintas, todavia, as tecnologias de transmissão e conexão estão, simultaneamente, cada vez mais diversificadas e integradas na mesma rede operada por computadores. Usualmente, já estamos em contato com as tecnologias de voz sobre IP (*Internet Protocol*) que envolvem ambas as tecnologias.

O desenvolvimento da *Internet* está diretamente vinculado às mudanças de paradigma dessa nova organização social, na qual, como prevê Manuel Castells, se inverterá “*a relação entre comutação de circuitos e troca de pacotes nas tecnologias da comunicação, para que a transmissão de dados se torne a forma de comunicação predominante e universal*”.¹⁴⁰

Eis a ênfase a ser destacada neste trabalho: a informação como cerne estruturante de uma nova sociedade, traduzida na fluidez da transmissão de dados pelas redes globalmente conectadas e pelo tratamento e manipulação que as novas tecnologias permitiram, de forma a munir, quem detém a informação, de um poder incomensurável. Saberá melhor decidir quem detiver as melhores e a maior quantidade de informações. Quando se pretende trabalhar a questão dos bancos de dados e cadastros de consumidores se vê o potencial que a informação contida nesse instrumento pode trazer ao seu gestor. Por outro lado, surge a iminente preocupação sobre o destino dos dados pessoais e a conseqüente necessidade de sua tutela como forma de impedir e obstaculizar qualquer abuso que ultrapasse a esfera privada pessoal.

¹³⁹ CASTELLS, Manuel, *op. cit.*, p.109.

¹⁴⁰ *Idem. Ibidem*, p.109-110.

2.2 O INTERESSE JURÍDICO DA INFORMAÇÃO: A TECNOLOGIA COMO VETOR DA DIFERENÇA

A conquista da informação como estrutura central dos novos paradigmas foi percebida pelos avanços da técnica. As denominadas tecnologias da informação emanam não somente efeitos sobre a quantidade de informação processada, mas também sobre a qualidade gerada pelo seu tratamento, principalmente, quanto ao tratamento de dados pessoais. Danilo Doneda identifica esses dois lados da mudança

O diferencial que a informatização proporcionou ao tratamento de dados pessoais apresenta perfis quantitativo e qualitativo; um baseado na 'força bruta', no poder de processar mais dados em menos tempo, e o outro em aplicar técnicas sofisticadas a este processamento de forma a obter resultados mais valiosos – e deles extrair utilidades diversas.¹⁴¹

A perspectiva qualitativa dada ao tratamento de dados pessoais, em razão da informática, se fundamenta no desenvolvimento e na utilização de novos métodos, algoritmos e técnicas, em formato de *softwares* sofisticados que fornecem perfis de comportamento e, principalmente, padrões de hábitos de consumo, revolucionando as técnicas de fidelização de clientes, aplicadas constantemente por empresas que prestam serviços e vendem seus produtos.¹⁴²

Constata-se que o vetor que faz a diferença na trajetória histórica da informação é exatamente o tecnológico, principalmente, quando, por puro preciosismo, se evidencia a diferença do conteúdo pragmático dos vocábulos informação e dado. Consoante lição de Danilo Doneda

¹⁴¹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.172

¹⁴² Com relação às técnicas e *softwares* utilizados para elaboração de perfis, o terceiro capítulo (item 3.2.1) trará informações mais aprofundadas sobre o assunto, voltado ao desenvolvimento de perfis de consumo e a sua utilidade para definição de estratégias de *marketing*.

Ambos os termos servem a representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade. Não obstante, cada um carrega um peso particular a ser levado em conta [...]. O dado estaria associado a uma espécie de 'pré-informação', anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar ao seu receptor.¹⁴³

Há um sentido que pode ser extraído da informação, tão subjetivo como seu receptor: a possibilidade de extrair tantos significados quanto um dado pode conter a partir de cruzamentos e comunicações entre eles. Isso potencializa a informação como uma arma capaz de influir em nosso cotidiano. José Carlos Gentili, citando Gamboa leciona que

as informações estão carregadas de estilos de vida, visão de mundo, ideologias, valores, contravalores, [eis que] seus conteúdos estão sempre direcionados por interesses humanos, geralmente em proveito dos grupos que controlam essa informação.¹⁴⁴

Esse conteúdo mutante e variável da informação dependerá da lente que, individualmente, a pessoa emprega e que carrega em si leituras possíveis de uma mesma informação, tornando-a também subjetiva.

Como esclarece Vincenzo Ferrari¹⁴⁵, a palavra que a esse estudo interessa deve ser lida, antes de tudo, separando-se seu prefixo inicial: in-formação. Compreende-se assim que *informação* não é somente o ato de *informar*, como consta no dicionário, mas em geral é parte essencial do processo de formação de conhecimentos, de opiniões e, portanto, da própria personalidade do indivíduo: a parte que age mediante a interação do sujeito com o mundo externo. A falta de informação bloqueia o desenvolvimento da personalidade, tornando-a asfíxiada.

¹⁴³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.152.

¹⁴⁴ GENTILI, José Carlos. **Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor**: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais: doutrina, legislação e jurisprudência. Brasília: Tecprint, 1999. p. 63.

¹⁴⁵ FERRARI, Vincenzo. Mídia e Direito à Informação. In: GERMAN, Christiano *et al.* **Informação e democracia**. Rio de Janeiro: Ed. da UERJ, 2000. p.165.

Outrossim, uma informação unilateral, advinda de uma só fonte, mesmo que quantitativamente rica e qualitativamente sofisticada, direciona a personalidade para canais pré-estabelecidos, limitando objetivamente a oportunidade de escolha e a capacidade crítica do indivíduo, prejudicando a sua participação nos processos democráticos. O que se dirá de uma informação fraudada ou manipulada por interesses econômicos e políticos.

Deve-se, então, se avaliar até que ponto o desenvolvimento da personalidade não está sendo bloqueado visto que o que se constrói a partir da técnica são perfis virtuais, isto é, projeções de padrões de comportamento, os quais podem reduzir a liberdade de escolha de cada indivíduo. A inteligência artificial, por muitas vezes, se sobrepõe às vontades e desejos de cada pessoa, entendendo que seu comportamento será sempre constante, pré-definido.

Por outro lado, o pretense salto democrático veio com o desenvolvimento tecnológico da sociedade pós-industrial e com as novas oportunidades de renovação social e política. A Sociedade da Informação ou do Conhecimento caracteriza-se pela valorização do saber como forma de acesso ao poder. Nessa sociedade, as fontes de poder e riqueza dependem da capacidade de geração de conhecimento e processamento de informações. A expansão da tecnologia levou a um processo amplo de globalização, transnacionalização, novas relações de trabalho, mudanças no lazer e consumo.

O progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas de um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar as decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos a dar a sua vida, a vida de sua família, ao seu país, a sua empresa, a sua função, a sua sociedade, ao seu partido político, a sua religião e tantos outros assuntos relacionados a rotina diária, entre os quais há de ser feita uma escolha.

O direito à informação tem por objeto, portanto, uma mensagem informativa, que, em sua fundamentação subjetiva, servirá para amparar o homem na perspectiva de sua vida individual, permitindo o desenvolvimento integral de sua personalidade, e em sua fundamentação objetiva, “o direito de informação assume estatura política, compondo um dos direitos da cidadania e permitindo ao homem realizar-se na perspectiva social e política, participando da sociedade na qual está jungido”.¹⁴⁶

Com roupagem de garantia constitucional o direito à informação é assegurado, indiretamente, pelo artigo 5º., XII e, diretamente, pelo artigo 5º., XIV,¹⁴⁷ tendo como significado o direito de informar e ser informado, seja recebendo ou buscando informações.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, em sua obra, sistematizou o direito de informação, conceituando-o como

*um sub-ramo do direito civil, com assento constitucional, que regula a informação pública de fatos, dados ou qualidades referentes à pessoa, sua voz ou sua imagem, à coisa, a serviço ou a produto, para um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, de modo a poder influir no comportamento humano e a contribuir na sua capacidade de discernimento e de escolha, tanto para assuntos de interesse público, como para assuntos de interesse privado mas com expressão coletiva.*¹⁴⁸

¹⁴⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 56.

¹⁴⁷ Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

¹⁴⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *op. cit.*, p.61.

O que se depreende, a partir desse conceito, é uma preocupação maior a respeito da influência da informação no comportamento humano, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Isso ainda pode ser percebido na preocupação do autor em desdobrar o direito de informação, em quatro espécies relevantes de mensagens informativas, nas quais, além de apontar, a informação publicitária, a informação oficial ou governamental, a informação jornalística, identifica a informação de dados pessoais automatizados ou não.¹⁴⁹

A mensagem informativa a que se detém este estudo está focada nessa última espécie. O tratamento dos dados pessoais pela informática e a possibilidade de sua divulgação de forma difusa e massiva é o que caracteriza sua informação como juridicamente relevante. Entretanto, mesmo quando não automatizado o tratamento de dados pode ser, da mesma maneira, potencialmente lesivo.¹⁵⁰

Um dado considerado pessoal, sempre conterà algo que revela uma faceta de um indivíduo, quer sejam características, como nome, sexo ou estado civil, ou ações dessa pessoa referentes aos seus hábito de consumo, seus gostos, sua periodicidade, suas opiniões ou preferências.

Sob essa perspectiva, observa-se um processo de objetificação em relação aos dados pessoais, sem, entretanto, consistir em uma patrimonialização. Com efeito, procura-se disciplinar não somente a vinculação do dado pessoal ao sujeito de direito, mas também a circulação da informação em si. Logo, se por um lado, pretende-se uma tutela dinâmica para acompanhar os dados em circulação, por outro, ao revelar um aspecto objetivo de um sujeito de direito, a informação pessoal torna-se um atributo de sua personalidade.¹⁵¹

¹⁴⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *op. cit.*, p.61 *et seq.*

¹⁵⁰ A diretiva 46/95/CE, que unificou as regras sobre proteção de dados no espaço europeu trata indistintamente dos bancos de dados, manuais ou informatizados.

¹⁵¹ CATALA, Pierre. Ebauche d'une théorie juridique de l'information. In: *Informatica e Diritto*, ano 9, p.20, jan./apr. 1983. *Apud* DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.157.

Em sendo assim, o direito à privacidade traz em si uma limitação ao direito à informação.¹⁵² Entretanto, como aduz Paulo Caliendo Velloso da Silveira

*não é possível tratar este conflito em termos absolutos, visto que não existe uma hierarquia entre direitos que garanta uma solução pacífica para o problema. É somente em face das circunstâncias que se pode avaliar a prevalência de um ou de outro direito.*¹⁵³

O interesse privado no acesso e na utilização de dados pessoais de terceiros restará prejudicado em face da esfera íntima que cada ser humano tem a possibilidade de resguardar. Por outro lado, o sentido positivo assumido pelo direito à privacidade, isto é, que vai além do direito de estar só, reflete a possibilidade de acesso e controle que todo o cidadão pode ter em relação às informações pessoais coletadas e armazenadas a seu respeito.

O reflexo da referida limitação nos bancos de dados e cadastros de consumidores é o que faz surgir o dever de informação para o consumidor tomar a melhor decisão. Caberá ao consumidor, enquanto cidadão, após ter consciência da finalidade da coleta e do armazenamento dos dados, autorizar a o destino, o conteúdo dos dados pessoais que está disponibilizando, bem como a forma de divulgação e/ou transmissão.

Caso contrário, a indevida ou abusiva coleta, armazenamento e utilização dos dados pessoais atingirá frontalmente o direito à privacidade, enquanto aspecto do direito de personalidade e enquanto direito fundamental, constitucionalmente garantido. A proteção dos dados pessoais surge como aspecto mais relevante da

¹⁵² Para Têmis Limberger “não basta a veracidade da informação para justificar a intromissão legítima. Deve ocorrer a relevância pública para divulgação da informação. Nesses casos, a liberdade de comunicação prepondera sobre a intimidade, isto é, o interesse público prevalece sobre o privado. As personalidades públicas possuem uma intimidade mais vulnerável que as outras, em virtude da posição social que ocupam” (LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p. 136).

¹⁵³ SILVEIRA, Paulo A. Caliendo Velloso da. Proteção de dados no direito comparado. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 71, p.314, nov.1997.

privacidade, considerando a vulnerabilidade da pessoa humana em face dos arquivos de consumo.

2.3 INFORMAÇÃO, PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

As conseqüências obscuras da simbiose entre novas tecnologias e o regime totalitarista, na qual as liberdades individuais não teriam vez, já foram retratadas no famoso livro *1984*, de George Orwell¹⁵⁴. O pano de fundo dessa história já foi considerado por muitos visionário, visto que foi escrito no final da década de 1940, sendo, na temática da proteção dos dados pessoais múltiplas vezes citado. Nela, os cidadãos vivem vigiados pela “teletela”, uma espécie de espelho localizado em todos os ambientes e que, na verdade, é um transmissor e receptor de imagens, vigiando cada movimento de todos os cidadãos e propalando a propaganda do governo, cujo *slogan* é “O Grande Irmão te observa”. O *Big Brother* retratado, reflete um poder invisível, que nos tempos atuais é representado pelos avanços informáticos, em que potentes computadores e dinâmicas redes de interação permitem a centralização de informação e, conseqüentemente, de poder.

Com a informação no centro da revolução informática, o conceito de privacidade é diretamente atingido posto que, quando se trata de dados pessoais, a potencialidade de um dano ocorrer, pela rapidez e disponibilidade com que possam ser acessados, é imensa.

Os paradigmas dessa revolução tecnológica deixam claro que: quem souber gerenciar da melhor forma as informações disponíveis, terá um diferencial. A utilização da informação, nos tempos atuais, passa assim, a associar-se diretamente com o poder, haja vista que quem a detém está capacitado a antever situações, a antecipar-se aos fatos, preparar-se para o porvir. Como bem expõe Luis Grandinetti Castanho de Carvalho “*a arma dos tempos modernos não é a bomba, mas a*

¹⁵⁴ ORWELL, George. 1984. 29.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

*informação. Quem detém a informação, tem o poder. O poder não é só o de influenciar os comportamentos, mas de antecipar-se a eles*¹⁵⁵.

Se no livro *1984* o controle totalitário das informações estava ao alcance quase exclusivo dos governos, observa-se, atualmente, que essa possibilidade se expandiu para os interesses privados, multiplicando a face invisível de quem está interessado na busca de dados pessoais.

A facilidade de armazenamento de informações está contida na criação de bancos de dados e cadastros informatizados que, por meio de uma determinada lógica, organizam uma quantidade quase ilimitada de informações de uma pessoa, podendo traçar perfis e projeções acerca de seus gostos, hábitos e preferências.¹⁵⁶

Gustavo Tepedino ilustra uma situação típica que se pretende retratar: uma pessoa que passará um final de semana em São Paulo. Inicia seu relato indicando que a reserva com os dados de sua passagem ficam armazenadas no computador da companhia aérea. Como o pagamento do bilhete e as reservas do hotel onde se hospedaria foram realizados com o cartão de crédito, essas informações restam armazenadas em outro sistema. A mesma pessoa, ao dar telefonemas, eterniza a informação no cérebro eletrônico da companhia telefônica com o local, a hora e o destinatário da chamada. Caso a mesma pessoa vá a festas, jantares, museus ou faça outros programas nos quais tenha utilizado cartão de crédito, ali ficarão armazenados todos os seus hábitos e interesses bem como saques em caixas eletrônicos serão monitorados e registrados. As informações do final de semana hipotético estarão todas retratadas em bancos de dados diversos.¹⁵⁷

Entretanto, cada vez mais os meios para registrar os passos de um indivíduo estão se aprimorando, pois para navegar e ter acesso a diversos *sites*, são requeridas informações pessoais, por meio de preenchimento de cadastros. Para

¹⁵⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *op. cit.*, p.3.

¹⁵⁶ Danilo Doneda expõe que a temática da proteção de dados, primeiramente, tinha como único objeto o banco de dados, entretanto, essa figura perdeu sua centralidade e passou a dividir as atenções com os dados pessoais em si, particularmente considerados, visto que “a organização da informação através de redes (*networks*) relacionadas não raro de modo complexo, contribui para o enfraquecimento desta centralidade da noção do banco de dados” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.158-159).

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**, *op. cit.*, p. 477-479.

comprar determinado produto ou até mesmo serviço, virtual ou pessoalmente, dados pessoais devem ser coletados para aprovação de crédito. Já não se tem mais controle de quem tem e onde estão armazenadas as informações pessoais que descrevem e traduzem aspectos que compõem a personalidade de cada indivíduo.

O ciberespaço, isto é, a realidade virtual, facilitou o acesso a informações, produtos e serviços, reduzindo distâncias e permitindo uma nova face da democracia.

Todavia, o que está por trás de um banco de dados é o conteúdo único e exclusivo de uma pessoa, um ser humano, de carne e osso, corpo e alma. Isto é, os dados pessoais devem ser tratados em si só, com a devida garantia e proteção. Como bem expõe Oscar Puccinelli

es que el tratamiento de datos no puede dejarse sólo sujeto a las reglas del mercado – opción originalmente adoptada por Estados Unidos, pero que gradualmente, ha ido desandando-, pues resulta de toda obviedad que quien cuenta con información cuenta con poder, y quien tiene poder tiende a abusar de él.¹⁵⁸

A realidade descrita adverte para a necessidade de tutelar os dados pessoais para evitar danos a uma importante quantidade de direitos que podem estar envolvidos, principalmente, aqueles que estão adstritos aos direitos de personalidade.

A necessidade de proteger o cidadão dos riscos de transmissão de seus dados pessoais origina-se, como bem indica Têmis Limberger, “no fato de que os

¹⁵⁸ PUCCINELLI, Oscar R. **Protección de datos de carácter personal**. Buenos Aires: Astrea, 2004. p.5. Tradução livre da autora: “é que o tratamento de dados não pode estar sujeito somente a regras de mercado – opção originalmente adotada pelos Estados Unidos, mas que, gradualmente, está sendo abandonada-, pois é óbvio que quem conta com informação conta com poder, e quem tem poder tende a abusar dele”.

dados possuem um conteúdo econômico, pela possibilidade de sua comercialização".¹⁵⁹

Em 1996, nos EUA, já se calculava que, em média, uma pessoa gerava 150 registros eletrônicos diários. Nos dias atuais, o cruzamento desses registros transforma em dado até o que não se faz, a partir da comparação com um perfil de consumo anteriormente traçado.¹⁶⁰ As inovações tecnológicas, por meio de programas, denominados *softwares*, permitem o cruzamento dessas informações com o objetivo de traçar perfis psicológicos e perfis de consumo, tão imprescindíveis para a propaganda e comércio em geral. A partir desse gerenciamento de informações, empresas poderão determinar quais tipos de produtos ou serviços serão oferecidos a grupos de pessoas específicos, estratégias de *marketing* serão traçadas a partir de tendências detectadas em hábitos de consumo catalogados e armazenados em bancos de dados.

Têmis Limberger, com isso, alerta para a possibilidade de *"toda uma série de empregos secundários dos dados recolhidos"* ¹⁶¹, os quais nem sempre foram consentidos. É plenamente possível que se utilize dados colhidos em razão de perfil contido em uma locadora de vídeo, para que se ofereça revista do segmento de preferência do consumidor, para dar um exemplo bem corriqueiro. Ou mesmo, numa situação mais complexa, que dados médicos sejam utilizados por seguradoras para definir planos e vantagens a seus segurados, podendo, inclusive, resultar em evidente discriminação.

Contudo, a sobrecarga de informações que chegam às mãos de cada pessoa, diariamente, demonstra, por um lado, o papel incisivo e o poder decisivo que seu acesso dispõe, mas por outro, a dificuldade de selecionar e armazenar as informações que são do interesse de cada pessoa. A dinamicidade e a fluidez com que as informações circulam não traduzem a sua enorme responsabilidade enquanto formadoras de opinião e convicções pessoais de forma a permitir o desenvolvimento livre e autêntico da personalidade.

¹⁵⁹ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.58.

¹⁶⁰ Dados estatísticos contidos na revista "Viva" de 21 de março de 1999, p.32 *apud* PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.6.

¹⁶¹ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.58.

Assim, se por um lado, há uma preocupação em preservar as informações pessoais, em proteger a privacidade dos dados pessoais fornecidos de uma utilização indevida, por outro lado, há o direito à informação, para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Está-se diante do novo perfil da privacidade, no qual está contida uma coleção de interesses juridicamente protegidos que determinam que seu desafio atual é a proteção dos dados pessoais. Como bem leciona Têmis Limberger

*Diante das novas técnicas da informática, a intimidade assume outro conteúdo: visa-se resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que estes sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado.*¹⁶²

A tutela conferida a essa face da privacidade tão suscetível frente aos avanços tecnológicos, se torna impreterível na tarefa de conduzir os cidadãos, dentro de uma democracia pluralista, na construção de sua personalidade por meio da liberdade de escolha das informações de que irá tomar conhecimento bem como do controle da circulação das informações pessoais fornecidas para se ter acesso a esse conhecimento.

O direito de proteção de dados pessoais se traduz, como bem expõe Oscar Puccinelli, em uma “*mudança evolutiva*” do direito à privacidade. Esse direito reflete, em seu entendimento, “*más que una idea individualista de protección a la intimidad, ya que engloba también los intereses de grupo contra el procesamiento, almacenamiento y recolección de información*”.¹⁶³

A proteção à privacidade, neste momento, transmuta-se para proteger os dados pessoais, alterando os contornos de seu conteúdo para adequar-se a esta

¹⁶² LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.60.

¹⁶³ PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.13. Tradução livre da autora: “mais que uma idéia individualista de proteção à intimidade, já que engloba também os interesses coletivos contra o processamento, armazenamento e coleta de informação”.

nova configuração de sociedade informatizada. Todavia, vale a ressalva de que mesmo que a tecnologia tenha trazido à tona novos elementos que alertam sobre a potencialidade do tratamento informatizado ao qual são submetidos os dados pessoais. Estes mesmos dados quando não automatizados também devem ser protegidos em virtude da igual potencialidade de dano, em caso de má utilização.¹⁶⁴

A privacidade está diretamente vinculada à dignidade da pessoa humana, sendo um dos direitos que incorpora a personalidade. A informação, maximizada pela tecnologia, principalmente por meio da informática, potencializou a importância e estabeleceu uma nova faceta à privacidade, traduzida em um aspecto positivo em que o indivíduo tem maior controle e liberdade para decidir sobre quais informações tem interesse em acessar bem como para quem disponibilizar as informações que compõem a sua personalidade. Cabe, portanto, avaliar, o desenvolvimento do que se denominou, primeiramente, de autodeterminação informativa, como passo importante à consolidação da proteção de dados pessoais.

2.4 A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Assim como o artigo publicado por Warren e Brandeis sobre a privacidade repercutiu seus efeitos e suas constatações jurídicas até hoje, o histórico da proteção de dados pessoais, é referenciado por uma sentença da Corte Constitucional Alemã, datada de 15 de dezembro de 1983, que declarou parcialmente inconstitucional uma lei que disciplinava o censo populacional, aprovada pelo parlamento em 1982.

Essa lei gerou um sentimento generalizado de insegurança nos cidadãos em razão do método de coleta de informações bem como o destino a que se propunha.

¹⁶⁴ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho estende a possibilidade de potencialidade lesiva na divulgação de dados não automatizados ou não acessíveis por meios automáticos. Cita como exemplo as estatísticas e as pesquisas de opinião, as quais deverão estar submetidas aos mesmos princípios e deverão dar o mesmo direito de acesso aos seus resultados e métodos aplicados, quando disserem respeito a interesse público ou quando forem divulgadas ao público. A potencialidade do dano está diretamente vinculada à divulgação destes dados os quais poderão influenciar comportamentos, opiniões e interesses (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *op. cit.*, p. 124).

A lei alemã de proteção de dados existente à época não se mostrou capaz de superar os obstáculos surgidos a partir de protestos de alguns comissários de proteção de dados e de entidades civis organizadas, frente aos danos que poderia acarretar aos cidadãos.¹⁶⁵

A sentença suspendeu provisoriamente o censo e declarou que a lei que o instituíra era inconstitucional em relação aos artigos que fundamentavam a estrutura do direito geral da personalidade.

Dentre os motivos que levaram a Corte a reconhecer essa incompatibilidade, Danilo Doneda observa que

*um deles foi a observação que, caso os dados recolhidos fossem utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos, estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria que o cidadão conhecesse o uso efetivo que seria feito de suas informações.*¹⁶⁶

A sentença ainda declarou que todos os dados pessoais são relevantes, haja vista a possibilidade de conexões permitidas no estágio de desenvolvimento da tecnologia informática. O dano à pessoa se tornou factível à medida que perfis estavam sendo elaborados com os dados dos indivíduos.

Por fim, a sentença utilizou a expressão autodeterminação informativa que traduz o “*poder de acesso e controle dos próprios dados pessoais e o direito de selecionar o que cada indivíduo quer expor de si mesmo aos outros através da manifestação do consentimento*”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.476. Descreve o autor que a lei estabelecia que o censo obteria não somente o quadro estatístico e demográfico, mas também um rico manancial de informações para o desenvolvimento da atividade administrativa, permitindo que os dados coletados fossem confrontados com aqueles constantes dos registros existentes e utilizados para complementar e corrigir tais registros, o que gerou na opinião pública o temor de que as informações fossem utilizadas para controlar o comportamento dos cidadãos.

¹⁶⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.194.

¹⁶⁷ PAESANI, Líliliana Minardi, *op. cit.*, p.50.

É fato que foi a informática que imprimiu um novo significado à privacidade com o objetivo de protegê-la. A facilidade com que os bancos de dados surgiram para organizar e estruturar uma quantidade ilimitada de informações fez surgir a necessidade de tutela para o tratamento de dados pessoais.

O direito de estar só que regia à privacidade transmuta-se e reaparece com uma faceta vinculada à perspectiva de liberdade positiva, onde o sujeito tem o poder de acesso e controle sobre a circulação de suas informações pessoais.

A autodeterminação informativa foi a resposta para a preocupação ostentada pelos avanços tecnológicos, orientando à proteção de dados pessoais e influenciando sistemas jurídicos até os dias atuais. Compreendido como um direito fundamental, na esteira do direito geral de personalidade, Canotilho consagra-o como sendo a *“faculdade de o particular determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais”*¹⁶⁸ frente ao perigo fundado no que denominou de digitalização dos direitos fundamentais. Enquadra-o como um meio de defesa não jurisdicional, haja vista sua compreensão dos

*problemas de aplicação direta das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias, as questões das garantias processuais em sede do princípio estruturante do Estado de direito e os problemas relacionados com a restrição, conformação e concretização dos direitos fundamentais.*¹⁶⁹

A doutrina espanhola acolheu a autodeterminação informativa, porém, trata-a como um direito fundamental que Vittorio Frosini denominou de liberdade informática. Refere-se ao direito de se informar sobre seus próprios dados e de poder dispor dos seus dados que estão de posse de um gestor de banco de dados

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 507.

¹⁶⁹ *Idem. Ibidem*, p. 485.

eletrônico. Citado autor procurou traduzir, com esse termo, um limite à informática, privilegiando a privacidade.¹⁷⁰

Todavia, a consagração da autodeterminação informativa como um novo direito não é pacífica. Têmis Limberger apresenta o contraponto das teses afirmativas e negativas de um direito.

Apoiada em juristas como Davara Rodriguez, Pérez Luño, Pablo Lucas e Manuel Heredero apresenta a tese afirmativa. Os autores referem, em sua maioria, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Lei do Censo, como sendo o fundamento da constitucionalização do referido direito.¹⁷¹

De qualquer forma, Davara Rodriguez enquadra-o dentro dos direitos de personalidade, *“conseqüência do exercício da liberdade e do reconhecimento da dignidade humana, como máximo valor, reconhecido posteriormente em todas as legislações sobre proteção de dados”*.¹⁷²

Manuel Heredero Higuera exalta a categoria de fundamental o direito de proteção referente aos dados pessoais visto ser conseqüência do livre desenvolvimento da personalidade.

Perez Luño aprofunda a questão dividindo o livre desenvolvimento da personalidade em duas liberdades. De um lado, *“a liberdade para decidir realizar ou não determinados atos e a faculdade para comportar-se ou atuar de acordo com essa decisão. De outro, a autodeterminação informativa referente à liberdade do indivíduo para determinar se deseja tornar públicas, informações a seu respeito, bem como a quem e em que ocasião”*.¹⁷³

¹⁷⁰ Vale a ressalva que não há previsão explícita a intimidade no direito alemão, a autodeterminação informativa se extrai do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, todavia, em outras legislações, como a espanhola, há proteção para o fenômeno informático e para privacidade (Cf. FROSINI, Vittorio. *Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici*. In: QDC. **Banche dati telematica e diritti della persona**. Padova: Cedam, 1984. p. 33).

¹⁷¹ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade a era a informática**, *op. cit.*, p.103-106.

¹⁷² *Idem. Ibidem*, p.103.

¹⁷³ *Idem. Ibidem*, p.104.

Em contrapartida, a tese negativa, defendida por Erhard Denninger, entende o direito à autodeterminação informativa como a *“faculdade de dispor dos dados pessoais é uma condição para a autonomia da conduta”*.¹⁷⁴ No entendimento do autor, a sentença sobre o censo alemão não representa o nascimento de um novo direito fundamental, o da proteção de dados pessoais, acredita ser a autodeterminação informativa a consequência das garantias de liberdade e dignidade.

Têmis Limberger, por sua vez, ao se posicionar sobre a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa, especificamente na legislação espanhola, representada pelo artigo 18.4 da sua constituição nacional, entende que o direito à liberdade informática, traduzido no referido artigo é um direito fundamental revestido de uma garantia. Isto é, em seu posicionamento, *“a faculdade de autodeterminação informativa, no ordenamento espanhol, é consequência da limitação da informática pela intimidade”*.¹⁷⁵

É perceptível, portanto, que tanto a doutrina da autodeterminação informativa quanto a da liberdade informática permitiram um amadurecimento do debate sobre a necessidade de proteção dos dados pessoais e um desenvolvimento de sistemas próprios de tutela. Todo esse empenho garantiu, em um sentido mais amplo, um novo perfil ao direito à privacidade.

Essa discussão atualmente, dentro da União Européia, já está superada visto a consagração da proteção de dados pessoais como direito fundamental da Constituição da União Européia.¹⁷⁶

Com efeito, a expressão direito à proteção de dados pessoais se corporifica e contempla tanto a problemática da privacidade bem como a da informação, partes

¹⁷⁴ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade a era a informática**, *op. cit.*, p.106.

¹⁷⁵ *Idem. Ibidem*, p.115.

¹⁷⁶ Artigo 8º. Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente.

indispensáveis dentro da discussão maior sobre os efeitos e implicações trazidos pelas tecnologias informáticas.

Oscar Puccinelli, em razão do recente reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais, vai além. Defende que, em razão do potencial lesivo sobre os direitos de personalidade decorrente do tratamento dos dados pessoais houve um desdobramento, normativo, doutrinário e jurisprudencial que pode ser aludido como uma nova disciplina que englobaria indistintamente, a autodeterminação informativa, a liberdade ou intimidade informática.¹⁷⁷

Argumenta, dessa forma, que essa nova disciplina advinda do direito de proteção de dados pessoais é a evolução do que outrora era visto como uma faculdade de autodeterminação informativa. Todavia, tais direitos não se reduzem mas sim se complementam como ressalta Oscar Puccinelli

¹⁷⁷ Está assim disposto pelo autor: “la potencialidad dañosa sobre los derechos de las personas derivada del tratamiento de datos de carácter personal ha provocado, en especial, a partir de la aparición de la informática, un despliegue normativo, doctrinal y jurisprudencial que permite actualmente aludir a una nueva disciplina: el “derecho de la protección de datos”, cuyo desarrollo proviene, precisamente, del reciente reconocimiento del “derecho a la protección de datos” – rotulado por otros “libertad informática”, “intimidad informática”, “derecho a la autodeterminación informativa o informática”, “*information control*”, “*data protection*”, “*datenschutz*”, “hábeas data”, etcétera-” (PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.24).

*Por un lado, el derecho de la protección de datos está integrado por un conjunto de normas y principios que, destinados o no a tal fin, y con independencia de su fuente, son utilizados para la tutela de los diversos derechos de las personas – individuales o jurídicas – que pudieran verse afectados por el tratamiento (acceso, registración, elaboración, transmisión a terceros, etc.) de datos de carácter personal. Por el otro, el derecho a la protección de datos puede ser definido como la facultad conferida a las personas para actuar per se y para exigir la actuación del Estado con el fin de obtener la tutela de los diversos derechos que pudieran verse afectados en virtud de aquellas operaciones de tratamiento de los datos de carácter personal que los conciernen.*¹⁷⁸

Nessa nova disciplina disposta por Oscar Puccinelli, o bem a ser protegido são os dados pessoais considerando que são atributos da própria personalidade do indivíduo. Protege tal bem jurídico do tratamento que estão vulneráveis, compreendido no seu acesso, registro, armazenamento, manipulação e transferência a terceiros, sendo sujeito passivo qualquer um que realize referido tratamento de forma a exceder o uso estritamente privado e pessoal.¹⁷⁹

As conquistas já alcançadas para uma proteção dos dados pessoais a partir de seu desvelamento pela autodeterminação informativa, demonstram que a temática veio para ficar, principalmente, porque nela se pode depreender a problemática da privacidade e igualmente a da informação, “*que teria como ponto de referência os direitos da personalidade e estaria isenta de uma acepção patrimonialista ou contratual*”.¹⁸⁰

Assim todas as temáticas que se referem ao tratamento de dados pessoais, inclusive o tratamento de dados pessoais realizado pelos arquivos de consumo, devem sujeitar-se aos princípios e normas que compõem essa nova disciplina e que serão tratados no próximo item. Caso contrário, estarão na contramão dos valores

¹⁷⁸ PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.8-9. Tradução livre da autora: Por um lado, o direito de proteção de dados está integrado por um conjunto de normas e princípios que, destinados ou não a tal fim, e com independência de sua fonte, são utilizados para a tutela dos diversos direitos de personalidade – físicas ou jurídicas – que podem ser afetados pelo tratamento (acesso, registro, elaboração, transmissão a terceiros, etc) de dados pessoais. Por outro, o direito à proteção de dados pode ser definido como a facultade conferida as pessoas para atuar *per se* e para exigir a atuação do Estado com o fim de obter a tutela dos diversos direitos que podem ser afetados em virtude daquelas operações de tratamento de dados pessoais a que se referem.

¹⁷⁹ *Idem. Ibidem*, p.9.

¹⁸⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.201.

emanados que seguem em direção à dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.

2.5 PRINCÍPIOS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A linha evolutiva das legislações sobre a proteção de dados pessoais traz consigo princípios comuns¹⁸¹ que regem e fundamentam seu objetivo maior. Podem ser identificados em muitas delas, de forma fracionada, condensada ou adaptada, porém, são esses princípios orientadores para a interpretação e o ordenamento que pretendem buscar soluções para problemas decorrentes da proteção de dados pessoais.

O primeiro deles, diz respeito à transparência ou à publicidade. De acordo com esse princípio, todo tratamento de dados pessoais deve ser de conhecimento público, bem como a forma de coleta, registro, armazenamento e transmissão dessas informações. Isso transparece, legislativamente, por meio de exigência de autorização ou comunicação prévia, dando ciência a todos os envolvidos, exigência de registro de instalação ou exigência de relatórios periódicos das atividades.¹⁸²

¹⁸¹ Os princípios listados foram retirados das leituras de Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.216-217); José Adércio Leite Sampaio (*op. cit.*, p.509-518); Paulo A. Caliendo Velloso da Silveira (*op. cit.*, p.323-324).

¹⁸² A Diretiva 95/46/CE retrata em seu artigo 11º. uma das formas de manifestação deste princípio.

Artigo 11º. **Informação em caso de dados não recolhidos junto da pessoa em causa.**

1. Se os dados não tiverem sido recolhidos junto da pessoa em causa, os Estados-membros estabelecerão que o responsável pelo tratamento, ou o seu representante, deve fornecer à pessoa em causa, no momento em que os dados forem registrados ou, se estiver prevista a comunicação de dados a terceiros, o mais tardar quando da primeira comunicação desses dados, pelo menos as seguintes informações, salvo se a referida pessoa já delas tiver conhecimento:

a) Identidade do responsável pelo tratamento e, eventualmente, do seu representante;
 b) Finalidades do tratamento;
 c) Outras informações, tais como:
 — as categorias de dados envolvidos,
 — os destinatários ou categorias de destinatários dos dados,
 — a existência do direito de acesso aos dados que lhe digam respeito e do direito de os retificar, desde que sejam necessárias, tendo em conta as circunstâncias específicas da recolha dos dados, para garantir à pessoa em causa um tratamento leal dos mesmos.

Outro princípio a ser observado é o da exatidão, à medida que o armazenamento dos dados pressupõe a veracidade das informações coletadas, o que compreende atualização dos dados periodicamente.

De nada adiantaria saber que há informações pessoais em um banco de dados senão houvesse a possibilidade de acessá-las. Assim, ao lado do princípio da transparência é necessário o livre acesso até mesmo para que o interessado possa, eventualmente, retificar dados equivocados na busca do princípio da exatidão. Com a possibilidade de acesso, informações obsoletas poderão ser suprimidas e outras acrescentadas. O princípio do livre acesso não comporta limitações ou restrições, podendo o titular dos dados pessoais buscar a confirmação da existência ou não de tratamento de dados a seu respeito, bem como a origem de tais dados armazenados.

Tão importante quanto os princípios já expostos é o princípio da segurança física e lógica dos dados pessoais posto que, por si só, carregam um conteúdo privado, e por tal razão devem ser protegidos de forma eficaz contra eventuais riscos de extravio e destruição, uso, modificação, transmissão ou acesso não autorizados.¹⁸³

¹⁸³ O Regulamento nº 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados expõe, em seu artigo 22, a necessidade de segurança, com dispositivos claros, inclusive, para tratamento automatizado.

Artigo 22º. Segurança do tratamento

1. Tendo em conta os conhecimentos técnicos disponíveis e os custos da sua aplicação, o responsável pelo tratamento deve pôr em prática as medidas técnicas e organizativas necessárias para garantir um nível de segurança adequado em relação aos riscos que o tratamento apresenta e à natureza dos dados pessoais a proteger. Essas medidas devem ser tomadas em especial para evitar qualquer divulgação ou acesso não autorizados, destruição acidental ou ilícita, ou alterações ou perdas acidentais, bem como contra qualquer outra forma de tratamento ilícito.

2. Sempre que os dados pessoais forem tratados por meios automatizados, devem ser tomadas as medidas adequadas, em função dos riscos, tendo nomeadamente em vista:

- a) Impedir o acesso de pessoas não autorizadas aos sistemas informáticos de tratamento de dados pessoais;
- b) Impedir qualquer leitura, reprodução, alteração ou remoção não autorizada dos suportes de armazenamento;
- c) Impedir qualquer introdução não autorizada de dados na memória, assim como qualquer divulgação, alteração ou apagamento não autorizado dos dados pessoais armazenados;
- d) Impedir que pessoas não autorizadas utilizem sistemas de tratamento de dados através de equipamento de transmissão de dados;
- e) Garantir que os utilizadores autorizados de um sistema de tratamento de dados não possam aceder a outros dados pessoais para os quais não possuem autorização;
- f) Registrar quais os dados pessoais comunicados, quando e a quem;

Por fim, mas com uma imprescindibilidade ímpar quando se trata de disciplinar a proteção dos dados pessoais está o princípio da finalidade que condiciona a utilização dos dados pessoais à finalidade proposta e comunicada ao interessado antes mesmo de sua coleta. A relevância prática desse princípio é tanta que José Adércio Leite Sampaio entende haver um desdobramento em subprincípios¹⁸⁴, transpostos como requisitos de limitação, ou seja, todo o ciclo do tratamento dos dados pessoais que se inicia com a coleta, o armazenamento, a conservação, a utilização e a transferência dos dados devem estar conectados com a finalidade do banco de dados.

Assim os procedimentos de coleta e armazenamento de dados limitam-se às informações estritamente necessárias à finalidade do banco de dados (Limitação da coleta e do armazenamento dos dados). Quanto à conservação de dados pessoais, estes não devem permanecer nos bancos de dados por um período de tempo maior do que o essencialmente necessário ao atingimento do proposto (limitação da conservação dos dados).

Os dados pessoais somente podem ser utilizados para os fins propostos e consentidos (limitação ao uso dos dados). Por fim, a não ser que haja expressa autorização em lei ou consentimento do interessado, os dados não devem ser comunicados a terceiros (limitação da comunicação de dados).

Esse princípio está diretamente vinculado ao princípio da boa-fé objetiva, princípio este que se consolida frente à mudança de paradigmas do Direito, principalmente, quando a pessoa assume um papel central na interpretação do ordenamento jurídico. Mais à frente, esse princípio terá o aprofundamento necessário para o desenvolvimento do presente estudo, principalmente, quando o foco se deslocar para as relações de consumo.

-
- g) Garantir que posteriormente será possível controlar e verificar quando e por quem os dados pessoais foram tratados;
 - h) Garantir que o tratamento de dados pessoais por conta de terceiros só possa ser efetuado nos moldes prescritos pela instituição ou pelo órgão contratantes;
 - i) Garantir que durante a comunicação de dados pessoais e transporte de suportes de dados, os dados não possam ser lidos, copiados ou apagados sem autorização;
 - j) Conceber a estrutura organizativa de uma instituição ou de um órgão por forma a que os requisitos especiais da proteção de dados sejam cumpridos.

¹⁸⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.492.

Esses princípios traduzem a essência da proteção de dados pessoais. Sua presença deve ser encontrada em todas as questões jurídicas voltadas à proteção de dados pessoais, principalmente quando da sua interpretação frente ao caso concreto. Uma dessas questões está atrelada à eficácia da proteção de dados pessoais que, por meio do instituto do consentimento, deverá ser analisada com o auxílio dos princípios elencados.

2.5.1 A Finalidade do Consentimento à Luz dos Princípios que Norteiam a Proteção de Dados

Se a função dos princípios é demonstrar os valores imbuídos na condução e na interpretação de determinada disciplina, a questão seguinte a ser tratada é sua eficácia, ou seja, de que forma esses princípios e valores serão assegurados.

O reconhecimento da proteção de dados pessoais como direito autônomo faz surgir tal reflexão, isto é, de que forma serão tutelados e, assim, assegurados. Há dificuldade em encontrar respostas prontas e soluções eficazes considerando a dinamicidade da sociedade atual, onde a circulação de grande número de informações desestrutura e desequilibra as partes que compõem os pólos de todas as relações sociais.¹⁸⁵

Os novos contornos da privacidade que apontam para a tutela dos dados pessoais descrevem-na como um instrumento para limitar a circulação dessas

¹⁸⁵ Danilo Doneda expõe alguns modelos de tutela, como a tutela proprietária, na qual os instrumentos de tutela da propriedade são utilizados para a definição do estatuto jurídico da informação pessoal; a tutela aquiliana, que da mesma forma que a tutela proprietária, oferece uma visão excessivamente patrimonialista do problema, que está em descompasso com a análise da pessoa humana como o motivo pelo qual o Direito se organiza, excetuando a aplicação da responsabilidade objetiva a qual visualiza como fundamento para possível reparação. Outra alternativa de tutela é a auto-regulamentação, que por estar à margem do âmbito estatal não fornece a segurança necessária para tutelar um direito fundamental; há, ainda, uma analogia a *lex mercatoria*, traduzida como a *lex electronica*; por fim, abre a possibilidade da utilização de métodos baseados na própria tecnologia para a tutela dos dados pessoais, chamados de *Privacy Enhancing Technologies* (PET), aos quais poderia limitar, impossibilitar ou facilitar uma determinada ação que englobasse o tratamento de dados pessoais, entretanto, também encontra dificuldade, posto que não pode ser qualificada juridicamente de maneira satisfatória (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.362).

informações. Stefano Rodotà acompanha, a partir da influência da tecnologia informática, a evolução da tradicional definição da privacidade como um direito de ser deixado só, para o direito de controlar o uso que os outros fazem da informação que diz respeito a si próprio, e identifica que, nessa fase mais recente, emerge um outro tipo de definição, segundo a qual a privacidade se consubstancia no direito do indivíduo de escolher o que está disposto a revelar aos outros.¹⁸⁶

Diante disso, o instituto do consentimento surge como parâmetro para a reflexão a respeito da proteção dos dados pessoais, auxiliado pela aplicação dos princípios já expostos.

Por traduzir um instrumento de manifestação individual, o consentimento, nas temáticas que envolvem a personalidade, assume um caráter específico. Todavia, se interpretado em um sistema patrimonialista, no qual a propriedade é o motivo porque as leis são feitas, assumirá uma função eminentemente legitimadora, posto que a partir de sua expressão, os dados pessoais serão colocados no mercado, à disposição para tratamento específico, o que, em uma análise extrema, proporcionaria uma *“commodification dos dados pessoais”*.¹⁸⁷

Entretanto, o consentimento compreende uma liberdade de escolha que a pessoa dispõe sendo um instrumento para a construção e delimitação de sua esfera privada, no momento em que transforma a expressão de sua vontade em balizador dos efeitos que se seguirão e sobre os quais se responsabilizará.

O consentimento, assim, atrela o direito privado à disciplina dos dados pessoais, na medida em que

o recurso à autonomia privada, característica natural desta matéria, ocorre no mesmo momento que o consentimento, como meio para a

¹⁸⁶ RODOTÀ, Stefano, *op. cit.*, p.80.

¹⁸⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.372.

*determinação da esfera privada, vem a se constituir em um instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade.*¹⁸⁸

A distinção, outrora tão nítida, entre o público e o privado também se dissipa quando se trata da proteção dos dados pessoais e a autonomia privada, como máxima do direito privado, se funcionaliza, o que reflete também no perfil desse consentimento que, certamente, não será baseado nos mesmos mecanismos negociais clássicos. Stefano Rodotà identifica o abandono da técnica do *implied consent*, isto é, o consentimento presumido, para o *informed consent*, ou o que se denomina de consentimento informado. Essa valorização do consentimento resulta reforçada quando se afirma a faculdade de autodeterminação informativa.¹⁸⁹

Assim se tem, por um lado, o código de acesso à esfera privada e, por outro, a fonte que legitima a inserção dos dados pessoais no mercado. Contudo, se, aparentemente, ambos os perfis são faces distintas de uma mesma moeda, quando se acrescenta uma análise sobre a revogabilidade de tal instrumento, o perfil de autodeterminação se agiganta.

A possibilidade de revogação de tal instituto, a qualquer tempo, é possível em face da proteção necessária e evidente da própria personalidade, considerando que uma de suas características é a indisponibilidade.

Danilo Doneda explicita tal preponderância atrelando tal concepção à atribuição da natureza de ato jurídico desse consentimento. Entende assim “*que o sujeito não está constrito a efeitos vinculantes de natureza obrigacional, resultantes de seu consentimento – e, conseqüentemente, não se pode associar tal ato a um adimplemento de qualquer espécie*”.¹⁹⁰

Exposto o papel do consentimento dentro da temática da proteção de dados pessoais vislumbra-se a estreita relação com o princípio da finalidade à medida que restringe a sua generalidade. Assim, pressupõe-se que, a partir do conhecimento da

¹⁸⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.376.

¹⁸⁹ RODOTÀ, Stefano, *op. cit.*, p.81.

¹⁹⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.381.

finalidade expressos pelas suas limitações de coleta, armazenamento, conservação, uso e transferência a que seus dados pessoais estarão vinculados, a pessoa poderá definir se consente ou não, o que faz emanar um maior controle pessoal dos dados disponibilizados, visto que é extensão de sua própria personalidade.

A informação torna-se fator determinante na convicção, livre e consciente, na determinação da esfera privada de cada indivíduo. A mesma necessidade de munir o indivíduo de informações sobre o destino de seus dados pessoais impossibilita o desvio da finalidade, inicialmente proposta e consentida, o que gera a imprescindibilidade de comunicação e autorização prévia caso haja pretensão de mudança de rumo.

Os efeitos do consentimento também podem ser analisados de acordo com alguns requisitos para adequação mais precisa de seu objetivo, quer seja, a construção livre da personalidade do sujeito. Nesse sentido, a natureza dos interesses, determinará uma leitura mais acurada desse instrumento. Isso pode ser vislumbrado com os dados sensíveis, posto que sua utilização tem um potencial lesivo diverso aos demais dados, principalmente com relação aos bancos de dados.

2.6 DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E SEU TRATAMENTO EM BANCOS DE DADOS

Não raro, as legislações existentes sobre proteção de dados mencionam o tratamento de diferentes tipos de dados, sendo sua análise ampla. Em um primeiro momento, quanto à coleta, os dados em si podem se referir a uma pessoa ou grupo de pessoas indeterminadas. Estes últimos são denominados de anônimos, visto a impossibilidade de serem individualizados. São exemplos: as pesquisas de opinião, dados gerais do fluxo telefônico de determinada companhia telefônica, o próprio censo.

Quanto ao conteúdo dos dados, muito se discute a respeito de uma classificação que diferenciaria os tipos de informações pessoais, o que poderia ser

interessante para a existência de normas direcionadas, por exemplo, às movimentações bancárias de uma pessoa ou àquelas referentes a sua genética.¹⁹¹

Mesmo consoante aos princípios que regem a proteção de dados pessoais que atentam principalmente para a segurança necessária à condução de sua utilização dentro de suas finalidades, uma vez um dado coletado e inserido dentro de um cadastro, seu titular está diante de um equipamento de Raio-X no qual aspectos de sua personalidade são expostos e catalogados por meio de dados de identificação.

Desta feita, cria-se uma diferenciação conceitual denominada de dados sensíveis em virtude de uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva não somente a um indivíduo como a uma coletividade, como, por exemplo, informações referentes à raça, orientação sexual, crenças religiosas, dados sobre saúde ou mesmo genéticos de cada ser humano.

Muitos são os textos legislativos que diferenciam o tratamento dado aos dados sensíveis de maneira específica e expressa, principalmente, no que pertine a sua utilização. A maior parte deles atrela o seu uso ao consentimento do titular.¹⁹²

Entretanto, Stefano Rodotà entende que essa tentativa de classificação das informações, advinda do advento da informática, faliu, posto que a própria automatização da organização dos dados provou que nenhuma informação é válida por si só, mas sim pelo contexto em que está inserida, pela finalidade a que venha ser utilizada e pelas demais informações a que venha a ser cruzada.¹⁹³ Todavia, este

¹⁹¹ Pode-se encontrar tal distinção na obra de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, quando este se apóia em Rafael Bautista para apresentar os dados em três graus diferentes: os considerados indiferentes; os sensíveis em relação a um contexto e os sensíveis por si mesmos. De acordo com o posicionamento do referido autor “geralmente os dados sensíveis pela sua própria natureza não podem constar em bancos de dados. Os indiferentes, ao contrário, escapam de qualquer controle pela banalização de sua utilização. Os contextualmente sensíveis normalmente só podem ser utilizados para determinado fim legítimo” (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *op. cit.*, p.119).

¹⁹² Artigo 10º. da Resolução no 45/2001 do Parlamento Europeu. **Tratamento de categorias específicas de dados**

1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual [...].

¹⁹³ RODOTÀ, Stefano, *op. cit.*, p.83-86.

mesmo autor não nega a necessidade de identificar a existência de dados sensíveis em contrapartida aos demais dados, posto sua tendência discriminatória, em caso de má utilização.

Identifica-se, pois, que a temática extrapola a privacidade e busca fundamentação sob o manto do princípio da igualdade. Têmis Limberger a partir do entendimento que a proteção especial dos dados sensíveis serve para evitar discriminações, entende se tratar de *“uma nova leitura do princípio da igualdade, e sua intenção é a de que os dados armazenados não sirvam para prejudicar as pessoas”*¹⁹⁴.

Em decorrência disso, a própria seleção de quais dados estariam contemplados nesse segmento ficaria a cargo dos valores emanados em determinada configuração social.¹⁹⁵

Têmis Limberger ressalta a importância da vinculação do princípio da igualdade aos dados sensíveis *“buscando-se uma maior proteção tanto na sua coleta como na guarda ou na utilização para os fins aos quais foram captados, evitando-se, assim, situações de desigualdade”*.¹⁹⁶

O desequilíbrio de forças causado pelo uso de dados sensíveis armazenados em bancos de dados é causa suficiente para que essa categoria tenha um atendimento especial. Como duas pessoas poderão concorrer a uma vaga de emprego, nas mesmas condições, considerando que o empregador tem disponível o acesso a um banco de dados em que consta que um deles pertenceu ao sistema carcerário em razão de cumprimento de pena?¹⁹⁷

Pelo exposto, enquanto houver a possibilidade discriminatória nas mais variadas relações, sejam elas, de consumo, de trabalho ou de relacionamento, a

¹⁹⁴ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.61.

¹⁹⁵ RODOTA, Stefano, *op. cit.*, p.83.

¹⁹⁶ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.62.

¹⁹⁷ A Folha de São Paulo, datada de 4 de junho de 2006, estampa em sua capa uma manchete que salta aos olhos “Governo quer vender dados dos paulistas”. Trata-se de um projeto de lei apresentado pelo secretário da segurança pública Saulo de Castro Abreu Filho autorizando que empresas particulares administrem e vendam a base de dados com a ficha pessoal de todos os cidadãos do Estado.

partir do uso de dados sensíveis deverá haver a respectiva e adequada proteção, assegurando não somente a privacidade do seu titular, mas também a sua igualdade perante seus semelhantes.

2.7 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS – A EXPERIÊNCIA ALIENÍGENA

René David assinala, metaforicamente, que os astrônomos descobriram a gravitação da terra por meio da observação de outros planetas. Entende que, de igual modo, se os juristas alçarem vôo para as legislações estrangeiras, saberão valorar e compreender seu ordenamento jurídico próprio.¹⁹⁸

A temática da proteção dos dados surgiu em decorrência da melhoria em eficiência, visualizada pela administração pública, no controle e armazenamento dos dados de seus cidadãos a partir da revolução informática. No seu entender, a centralização em um único registro de informações pessoais seria uma natural evolução da estrutura administrativa frente às possibilidades dadas pela informática.¹⁹⁹

A primeira obra de grande destaque foi, muito provavelmente, a obra de Alan Westin, *Privacy and Freedom*, que mudou o foco de análise da privacidade, propondo um novo modelo de definição baseado não somente na liberdade

¹⁹⁸ DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado**: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al metodo comparativo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. p. 93.

¹⁹⁹ Dois casos são paradigmáticos no estudo da proteção de dados. O primeiro deles é o projeto denominado *National Data Center*, surgido em meados de 1965, pelo *Bureau of Budget*, órgão responsável pelo orçamento norte-americano. A idéia era unir todas as informações sobre os cidadãos norte-americanos disponíveis em outros órgãos da administração federal em um único banco de dados. Em resposta contra os protestos da comunidade científica e da opinião pública, a qual alardeou a necessidade de proteger a privacidade dos cidadãos e evitar o agigantamento do poder em mãos do governo, o Congresso concluiu pela não realização do projeto caso não fosse garantida a privacidade no máximo nível possível. Em outros países, houve debates e iniciativas semelhantes. Outro caso, ocorrido na França, foi o denominado projeto *SAFÁRI – Système Automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus*, o qual transferiria os dados pessoais dos cidadãos franceses pertencentes à administração pública a um único sistema automatizado, no qual cada pessoa seria identificada por um número, o do seu Seguro Social, que o acompanharia por toda a sua vida. O projeto também não teve boa repercussão, pelos mesmos motivos do projeto norte-americano e acabou por encerrado. Entretanto, desse debate surgiu, em 1978, a lei francesa de proteção de dados pessoais.

negativa, mas sim na liberdade positiva, dando ênfase, pela primeira vez, à autodeterminação informativa.²⁰⁰

A proteção de dados pessoais, sob essa ótica, revisita o tema da privacidade, porém modifica seus elementos. Assim, percebe-se, ao olhar para trás, um caminhar evolutivo frente às legislações que tratam sobre a matéria. A doutrina habitualmente retrata e divide temporalmente as legislações em gerações.²⁰¹

Sendo assim, as primeiras iniciativas legislativas, surgidas no curso da década de 70, utilizaram-se como modelo, a compreensão dos grandes meios de difusão da imprensa e dos serviços públicos. Apresentavam as seguintes características, apresentadas por José Adércio Leite Sampaio:

*a) tratava-se de uma legislação garantista, situada na linha histórica das declarações de direito; b) pretensamente ampla, única e uniforme para todas as situações; c) cujo instrumento jurídico principal se firmava na autorização, no suposto de se ser possível controlar todos os sistemas tecnológicos de coleta e de processamento de dados, a partir de uma necessária autorização prévia para seu funcionamento, acompanhada de um controle a posteriori por parte de um órgão institucional; e d) de aplicação restrita às pessoas físicas.*²⁰²

Entre as precursoras, a Lei do *Land Hesse* alemão e a *Datalag* Sueca, promulgada em maio de 1973, posteriormente modificada em 1979. Seguem as características a Lei da República Federal Alemã, de 1977, a Lei Dinamarquesa de 1978 e a Lei Austríaca de 1978, que já caracteriza uma transição.²⁰³

Ultrapassadas, em razão de o seu foco ser evidentemente informático e pelo simples fato de os bancos de dados estarem se multiplicando de forma a

²⁰⁰ WESTIN, Alan F. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967. *Apud* BESSA, Leonardo Roscoe, *op cit.*, p.98.

²⁰¹ Stefano Rodotà (*op. cit.*, p. 45); José Adércio Leite Sampaio (*op. cit.*, p.490); Paulo A. Caliendo Velloso da Silveira (*op. cit.*, p.322); Oscar Puccinelli (*op. cit.*, p.20-21); Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.207-213); Têmis Limberger (**O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.79).

²⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.490.

impossibilita seu controle, surgem, no final da década de 70, as leis de segunda geração. A característica básica que diferencia tais leis é sua estrutura posto que não está mais em torno da revolução informática, mas sim “*na consideração da privacidade como uma liberdade negativa, a ser exercitada pelo próprio cidadão*”.²⁰⁴

O foco deslocou-se do *hardware* que armazena os dados para a qualidade dos dados que estavam sendo armazenados. Isso ocorreu em razão da insatisfação dos cidadãos em verem seus dados, principalmente os sensíveis, sendo utilizados por terceiros de forma alheia a sua vontade. Exemplos dessa legislação podem ser encontrados na lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, denominada *Informatique et Libertés*, a Lei Norueguesa de 1978, a Lei Suíça de 1981, a Lei da Islândia de 1981, a Lei de Luxemburgo de 1979 e o Privacy Act de 1974.²⁰⁵

Em razão de as leis de segunda geração terem criado sistemas que permitiam ao cidadão identificar o uso indevido de suas informações pessoais, verificou-se uma mudança de paradigma, isto é, percebeu-se que o cidadão para ter efetiva participação social tinha que, constantemente, fornecer seus dados pessoais.²⁰⁶

A terceira geração de leis, surge, assim, no final da década de 80, mantendo seu foco no cidadão, porém preocupando-se em garantir a efetividade dos direitos, conciliando com as exigências de uma sociedade que desenvolvia-se por meio da informática. O Convênio de Estrasburgo, datado de 1981 unifica o direito europeu que ainda tem como exemplos, a Lei da Grã-Bretanha de 1984, a nova Lei Alemã de 1990, a Lei Italiana nº 675 de 1996, a Lei de Portugal nº 67 de 1998 e a Lei Espanhola nº 15 de 1999.²⁰⁷

Por fim, Danilo Doneda ainda demonstra a existência de uma quarta geração de leis sobre a proteção de dados pessoais, haja vista o enfoque eminentemente individualista que a autodeterminação informativa possui. Concluiu-se serem necessários instrumentos que elevam o padrão coletivo de proteção. Explicita que

²⁰³ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.79.

²⁰⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.209.

²⁰⁵ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.79.

entre as técnicas utilizadas, estas leis procuraram fortalecer a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo o desequilíbrio nesta relação, que não era resolvido com medidas que simplesmente reconheciam o direito à autodeterminação informativa; outra, paradoxalmente, é a própria redução do papel da decisão individual na autodeterminação informativa. Isto ocorre porque se parte do pressuposto que determinadas modalidades de tratamento de dados pessoais necessitam de uma proteção no seu mais alto grau, que não pode ser obtida exclusivamente de uma decisão individual.²⁰⁸

Para este estudo essa constatação é muito importante, haja vista a existência de legislações que vedam absolutamente o tratamento de dados sensíveis, de forma que, nem mesmo a autorização da pessoa à qual se referem os dados, possa torná-lo lícito, bem como enfoca a necessidade de muitas vezes legislar para setores ou áreas específicas, as quais têm um contato mais próximo com dados pessoais, como por exemplo, o setor da saúde, o do consumo e da genética.

A preocupação em proteger os dados pessoais, como pode ser visto, é recente, porém, em razão do desenvolvimento tecnológico está em foco constante, o que permitiu que, mesmo em um curto espaço de tempo, houvesse uma reflexão doutrinária sobre seus aspectos, refletindo em legislações constitucionais, ordinárias, tratados, convenções e diversos outros documentos.

Para o estudo, é importante percorrer legislações que edificaram a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Paulo Caliendo Velloso da Silveira traça a história da legislação sobre proteção de dados em dois planos: o modelo europeu e o modelo americano. Para ele, *“o modelo europeu é considerado como dirigido à democracia política, enquanto o modelo americano é dirigido à democracia econômica”*.²⁰⁹ Assim, se os europeus vislumbraram a necessidade de tutela como forma de controle das situações de investigações injustificadas do cidadão, os americanos tinham por fim um conjunto de normas visando, sobretudo, às investigações fiscais. Os europeus, em sua grande maioria, apegados ao sistema

²⁰⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.211.

²⁰⁷ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.79.

²⁰⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, *op. cit.*, p.212-213.

continental, adotaram normas gerais aplicáveis a toda disciplina, enquanto os EUA preferiram ditar leis setoriais.²¹⁰

A opção para o presente estudo é trabalhar apenas o modelo europeu em virtude do ordenamento jurídico brasileiro estar calcado no sistema jurídico romano-germânico.

2.7.1 Normativas Europeias sobre Proteção de Dados Pessoais

Em razão do emaranhado normativo em que a União Europeia opera, são necessárias algumas informações anteriores à apresentação das normativas que guiam o entendimento do direito à proteção dos dados pessoais.

A União Europeia tem duas fontes de direito: as fontes primárias, que são atos jurídicos que criam disposições novas a partir de acordo entre os Estados-membros e as fontes derivadas, que são os regulamentos, as diretivas, as decisões, as recomendações e os ditames. Os regulamentos são atos de alcance geral e obrigatório para todos os Estados. As diretivas são vinculantes quanto ao resultado, deixando-se aos Estados a escolha da forma e dos meios necessários para atingi-lo. Diferentemente dos regulamentos, que são gerais, a diretiva só tem eficácia depois de procedida a notificação dos Estados. As decisões são obrigatórias para os destinatários, dentre os quais se incluem os particulares. As recomendações são convites para agir de determinada maneira, sendo obrigatórios e diretamente aplicáveis aos Estados-membros. Os ditames, avisos, comunicações e resoluções não são vinculativos, mas expressam juízos de valor da instituição. A proposta advém da Comissão e é submetida ao Parlamento ou também ao Comitê

²⁰⁹ SILVEIRA, Paulo A. Caliendo Velloso da, *op. cit.*, p.323.

²¹⁰ Oscar Puccinelli trata dos problemas surgidos entre as diferenças regulatórias entre os EUA e a Europa. Dá como exemplo os dados referentes ao endereço de correio eletrônico, que nos EUA tem livre tratamento (isto é, não requer consentimento de seu titular, conhecido como sistema *opt-out*) enquanto na Europa se requer o consentimento do titular (sistema *opt-in*). Como consequência disto, 80% das mensagens não desejadas distribuídas pelo mundo advém dos EUA (PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.24).

Econômico e Social, antes de ser decidida pelo Conselho, que é o órgão executivo da União.²¹¹

Dito isso, se inicia a exposição da legislação referente à proteção dos dados pessoais pelo Convênio nº 108, de 28 de janeiro de 1981, editado pelo Conselho da Europa²¹², primeiro texto do direito unificado sobre a matéria, o qual preconiza a proibição de dados pessoais sobre origem racial, opiniões políticas, convicções religiosas, saúde, vida sexual, condenações criminais, salvo se o direito interno prever as necessárias garantias para a segurança de tais dados; a especificação dos fins do recolhimento dos dados; direito de acesso; atualização de dados; obrigação de retificação; obrigação de informação ao titular dos dados relativos à sua inadimplência. De conformidade com o artigo 1º do dito Convênio:

El fin del presente Convenio es garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona 'protección de datos'.

Poucos dias após a adoção do Convênio do Conselho da Europa, o Conselho da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) adotou uma Recomendação referente à proteção da vida privada e o fluxo transfronteiriço de dados de caráter pessoal, publicado em 1º de outubro de 1980. Ressalta-se que esse documento tinha por objeto todo e qualquer tipo de tratamento de dado pessoal, seja de caráter público ou privado.

²¹¹ Artigo 189 do Tratado da União Européia.

²¹² O Conselho da Europa, foro consultivo com sede em Estrasburgo, destinado a estreitar a cooperação intra-européia nos campos econômico, social, cultural e científico, representa o primeiro passo para a União Européia à medida que trouxe a discussão o futuro da Europa. O Conselho da Europa ainda subsiste, independente dos órgãos instituídos posteriormente à criação do bloco europeu posto que nem todos os países que o compõem fazem parte da União Européia.

Ambos os documentos são considerados insuficientes por estarem limitados à jurisdição dos países que compõem os respectivos organismos, bem como por não surtirem o resultado esperado. Na lição de José Adércio Leite Sampaio

*a recomendação não teve poder de convencimento necessário para que suas diretrizes fossem efetivamente seguidas por seus destinatários, e a Convenção, não obstante seu poder mais vinculante, não proporcionou uma legislação harmônica entre seus diversos membros*²¹³.

Um terceiro documento que é de significativa importância é o Acordo de Schengen de 14 de junho de 1985. Nesse acordo, o que se busca é a supressão gradual de fronteiras, possibilitando a transferência internacional de dados para um melhor combate à criminalidade. Para tanto, se cria um sistema de informação, denominado "Sistema de Informação de Schengen", o qual consiste em um banco de dados eletrônico, a ser criado, individualmente, pelas partes signatárias de dito Acordo, para o fim de controlar a circulação das pessoas. No entanto, *“seu conteúdo é mais limitado que o do convênio do Conselho Europeu, uma vez que se restringe à cooperação policial”*²¹⁴.

A Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia, resgata e concretiza os fins inicialmente previstos pelo Convênio nº 108 do Conselho da Europa, especialmente no que tange à harmonização das legislações sobre proteção de dados pessoais e direito à privacidade existentes nos países membros da União Européia.

A Diretiva visa equacionar um nível elevado de proteção da vida privada das pessoas e a livre circulação de dados pessoais, fixando limites estritos à coleta e à utilização desses dados pessoais e determinando a possibilidade de recorrer aos tribunais em caso de violação dos direitos que lhe são garantidos, bem como buscar reparação de prejuízo decorrente de tratamento ilícito de dados pessoais.

²¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite, *op. cit.*, p.92-93.

²¹⁴ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.66.

Vale ressaltar que a referida diretiva foi um marco no direito comunitário à proteção de dados pessoais, pois incumbiu os Estados-membros de promover e elaborar códigos de condutas nacionais e comunitários destinados a contribuir à boa execução das disposições. O seu cumprimento, todavia, somente ocorreu a partir de 1º. de janeiro de 1999, consoante disposição do artigo 286 do Tratado da Comunidade Européia, obrigando as instituições européias a seguir suas disposições.²¹⁵

A Diretiva 97/66/CE editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu em 15 de dezembro de 1997, complementa a antiga Diretiva, pois é relativa ao tratamento dos dados pessoais e da proteção da intimidade no setor das telecomunicações.²¹⁶

Atualmente, há propostas de revisão dessa diretiva²¹⁷, sendo dividida a opinião de imodificabilidade pela maioria dos Estados-membros e pelas autoridade de controle. Têmis Limberger explicita que a prioridade é *“a aplicação harmoniosa das normas relativas à transferência de dados para países terceiros, com o propósito de facilitar o fluxo transfronteiriço”*.²¹⁸

Se por um lado, a Diretiva cumpriu seu principal objetivo de eliminar obstáculos à livre circulação e proteção de dados pessoais entre os Estados-membros, ocorrendo a transposição da Diretiva nas legislações nacionais, por outro,

²¹⁵ Tratado da Comunidade Européia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2006/ce321/ce32120061229pt00010331.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2005.

²¹⁶ Há, ainda, as diretivas complementares sobre a proteção jurídica das bases de dados (96/9/CE), o comércio eletrônico (2000/31/CE), o acesso, a interconexão e os recursos associados às redes eletrônicas de comunicação (2002/19/CE) e a autorização de redes e serviços de comunicações eletrônicas (2002/20/CE).

²¹⁷ Têmis Limberger lista as principais necessidades de revisão da referida diretiva em quatro pontos. O primeiro diz respeito à necessidade de completar a aplicação da diretiva, revisando outros textos legislativos que podem entrar em conflito com as suas disposições. O segundo ponto relaciona-se à necessidade de uma interpretação razoável e flexível, que contemple as operações diárias com os respectivos riscos e a proteção necessária aos direitos da pessoa. Em terceiro, está a questão dos produtos tecnológicos em conformidade com as normas de proteção de dados, bem como o fomento de novas tecnologias utilizando critérios de proteção à vida privada, para que os usuários se acostumem a vivenciá-los. Por último, elenca alguns dispositivos que ainda são conflituosos, considerando que a transferência de dados é um ponto fraco, e a carência de coercitividade cria mais dificuldades (LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.73).

²¹⁸ *Idem. Ibidem*, p.71.

para os cidadãos, a diretiva não se mostra eficiente haja vista que seu nível de proteção, para a maior parte da população, é mínimo.²¹⁹

Em 2001, com o Regulamento (CE) nº 45/2001 do Parlamento e do Conselho Europeu, a proteção às pessoas físicas, no que respeita ao tratamento dos dados pessoais é estendida às instituições e aos organismos da Comunidade e sobre a livre circulação desses dados. Assim, o regulamento estabelece que os dados pessoais devem ser tratados de maneira leal e lícita; recolhidos com fins determinados, explícitos e legítimos, proibindo o tratamento posterior incompatível com esses fins; adequados, pertinentes e não excessivos com relação aos fins; exatos e atualizados; e, por fim, conservados numa forma que permita a identificação dos interessados durante um período não superior ao necessário para os fins que foram recolhidos ou para os que se tratem posteriormente.

Tão importante quanto as diretivas já expostas anteriormente, deve ser elencada a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento e do Conselho Europeu relativa ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Essa diretiva sistematiza de uma maneira bem clara o direito à privacidade como limite à livre circulação de informações, principalmente em virtude do avanço tecnológico e da *Internet*. Essa diretiva faz parte de um “pacote das telecomunicações” o qual tem por objetivo fundamentar de forma coesa e coerente o quadro jurídico da temática.

Finalmente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia²²⁰, objeto de discussão na Conferência de Nice, em 2000, tem por objetivo simplificar as séries de sobreposições de Tratados e protocolos que vigem atualmente bem como melhorar o funcionamento da União Européia após a entrada dos 10 novos países do Leste Europeu.

A proposta final do tratado constitucional foi publicada em 18 de julho de 2003, porém, foi em 29 de outubro de 2004, que os Chefes de Estado e de Governo dos 25 Estados-membros e dos 3 países candidatos assinaram o Tratado que

²¹⁹ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.72.

²²⁰ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:PT:HTML>>. Acesso em: 11 nov. 2005.

institui uma Constituição para a Europa, que haviam adotado, por unanimidade, em 18 de junho do mesmo ano.

A entrada em vigor da Constituição Européia, entretanto, somente ocorrerá após a ratificação de todos os países signatários em conformidade com os seus próprios procedimentos constitucionais, a denominada ratificação do Tratado pelos Estados-membros.²²¹

Independentemente da situação atual, a Constituição Européia é um documento indiscutivelmente válido, fruto de debates exaustivos e atuais. Assim sendo, recepciona a proteção de dados pessoais como direito fundamental, em seu artigo 8º.²²², dentro do capítulo que protege as liberdades do cidadão europeu. Diante disso, inegável a posição da proteção de dados pessoais como um direito autônomo, reflexo das inovações tecnológicas, o qual está fundamentado, assim como todo o ordenamento em questão, na dignidade da pessoa humana.

²²¹ Prevista inicialmente para entrar em vigor em 1º de novembro de 2006, a Constituição Européia teve alguns percalços em sua ratificação. Em razão dos cidadãos franceses e holandeses terem rejeitado o texto constitucional proposto por meio de um referendo popular, o Conselho Europeu, organizado em 16 e 17 de junho de 2005, reconsiderou a data inicialmente estabelecida, mas, de forma alguma, abandonou o ideal de unificação constitucional. Todavia, o calendário será adaptado de acordo com as circunstâncias nos países que ainda não procederam à ratificação.

De acordo com as tradições jurídicas e históricas dos diferentes países, os procedimentos previstos para o efeito pelas constituições não são idênticos: esses procedimentos implicam um dos mecanismos seguintes ou, inclusive, uma combinação dos dois: a) A via "parlamentar": o texto é adotado na sequência de uma votação de um texto que ratifica um Tratado internacional pela câmara ou câmaras parlamentares do Estado; b) A via do "referendo": é organizado um referendo em que o texto do Tratado é submetido diretamente à votação dos cidadãos, que se pronunciam a favor ou contra.

²²² Artigo 8º Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente.

Com efeito, além da proteção, acesso e retificação dos dados pessoais a legislação engloba o seu tratamento de acordo com o consentimento do titular e finalidade específica, bem como a fiscalização por uma autoridade independente.²²³

Verifica-se, conforme o exposto, que a proteção de dados está sendo tratada com muita seriedade pela União Européia, haja vista sua relevância dentro do contexto de inclusão digital preconizado para um estado democrático de direito.

Para dar seguimento ao cumprimento das diretivas que regulam a matéria, principalmente, a 95/46/CE, a Comissão, após relatório de implantação, realizado em 2003, adotou um programa de trabalho que comporta uma série de ações a desenvolver até o final de 2005, mostrando que o trabalho para consolidar esse direito fundamental não pára. Assim, negociações com os Estados-membros e autoridades responsáveis pela proteção de dados estão sendo realizadas para que sejam feitas as alterações a serem introduzidas nas respectivas legislações nacionais. Na mesma esteira, estão sendo feitos esforços para que os países candidatos sejam incluídos nessa implementação e para que haja simplificação dos requisitos para as transferências internacionais de dados, pois ainda há obstáculos à adoção de políticas pan-européias. A promoção de tecnologias que reforcem a proteção da privacidade e a promoção da auto-regulação e dos códigos de conduta europeus também são alvos de melhorias para efetivação do referido direito.

²²³ Dentro das definições da legislação mais recente sobre o assunto, vale destacar: a confidencialidade das comunicações efetuadas por meio de uma rede pública de comunicações eletrônicas, proibindo que qualquer pessoa, com exceção dos utilizadores, escute, intercepte ou armazene as comunicações sem o consentimento dos utilizadores em causa; os Estados-membros, somente poderão levantar a proteção de dados para efeitos de investigação criminal ou para preservar a segurança nacional, a defesa e a segurança pública; quanto à utilização do *spamming* (mensagens comerciais) é necessário o consentimento prévio dos usuários, tornando-se um sistema de inclusão facultativa; os *cookies* (ligação entre o usuário e um servidor *web*) deverá ser recusado bem como ter informações claras e precisas sobre sua finalidade; e, por último, porém não menos importante, as listas públicas terão de ter acordo prévio dos cidadãos europeus para publicarem dados pessoais como telefones, endereço de e-mail ou físico.

2.7.2 A Proteção de Dados Pessoais nas Legislações da América Latina

A situação em termos de proteção de dados na América Latina ainda é precária. O destaque, nesse segmento, é a Argentina, que após a reforma constitucional que abrigou o *habeas data*, o tema da proteção de dados pessoais foi amplamente recepcionado, por meio da Lei nº 25.326, de outubro de 2000, regulamentada pelo Decreto nº 1.558, de novembro de 2001. Muito próxima do modelo espanhol, fundado na lei orgânica 5/92, que regula o tratamento automatizado de dados (LORTAD), reformada, posteriormente, em dezembro de 1999, abarca os seus principais aspectos: por um lado, as questões de fundo, ou seja, a regulamentação do tratamento dos dados pessoais precisando quais são os direitos dos sujeitos titulares desses dados, bem como as obrigações e responsabilidades dos donos e usuários dos registros; e, por outro, contém as regras procedimentais aplicáveis ao trâmite do *habeas data*, denominado pela lei de ação de proteção dos dados pessoais.

Como iniciativa pioneira, na América latina, a lei criou um órgão de controle, o *DPDP – Dirección Nacional de Protección de Datos Personales*, que tem por objeto tornar eficaz a legislação, por meio de assistência jurídica, função regulamentar e a manutenção de um registro para a notificação de operações referentes a bancos de dados.²²⁴

A inserção da temática diretamente no plano constitucional caracteriza a representação da proteção de dados pessoais no plano jurídico dos países da América Latina, possivelmente seguindo o exemplo das Constituições Espanhola e Portuguesa.

²²⁴ ABALOS, María G. Algunos aspectos del hábeas data en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en el derecho argentino. In: ARMAGNAGUE, Juan F. (Dir.). **Derecho a la información, *habeas data* e Internet**. Buenos Aires: La Rocca: 2002. p. 345-348.

A Guatemala inseriu em sua Constituição, em seu artigo 31, a temática. Todavia, limitou-se a proteger os dados pessoais que compõem bancos de dados estatais.²²⁵

A Nicarágua, por sua vez, garantiu a proteção de dados pessoais em sua Constituição, no seu artigo 26.²²⁶

A Colômbia, não possui legislação específica, mas também tem dispositivo constitucional que abrange a matéria, sendo sua tutela buscada pela via judicial, a partir da ação de tutela.²²⁷

O Equador, da mesma forma, é amparado constitucionalmente, em seu artigo 94²²⁸. Em 1997, regulamentou a fase processual da garantia por meio da *Ley de Control Constitucional*.

O Paraguai, em sua Constituição de 1992, assegura o direito ao *habeas data*.²²⁹ Posteriormente, houve a promulgação de legislação ordinária setorial, lei no 1.682, de 2000, a qual regulamenta a informação de caráter privado.

²²⁵ Artigo 31 da Constituição da Guatemala: “Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos”.

²²⁶ Artigo 26, IV da Constituição da Nicarágua: Toda persona tiene derecho [...]: IV. a conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información”.

²²⁷ Artigo 15 da Constituição Colombiana: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

²²⁸ Artigo 94. “Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, os obre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.

²²⁹ Artigo 135 da Constituição Paraguaia: Del *habeas data*. Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

O Peru tratou mais adequadamente a questão, definindo o direito à proteção de dados pessoais, criando a garantia específica, o *habeas data*, em sua Constituição de 1993. Houve legislação ordinária (Lei nº 27.489, de 2001) que regulou especificamente o procedimento, mas desde 2004, o Código Processual Constitucional vem regulando a questão.²³⁰

Após, reformas constitucionais, em 1999, a Venezuela e em 2004, a Bolívia, incluem a figura do *habeas data* em seus artigos 28 e 23, respectivamente.²³¹

Além dos países mencionados, outros países como Chile, México e Uruguai não dispõem de garantia específica no plano constitucional. Entretanto, dispõem de leis genéricas ou específicas relativas ao tratamento de dados pessoais.²³²

No Uruguai, até 2004, não existiam disposições constitucionais e legais acerca da matéria. Em setembro desse ano, a Lei nº 17.838 regulamentou a questão, protegendo especificamente os dados para informes comerciais e estabelecendo o *habeas data*.

O Chile, com a promulgação da Lei nº 19.628, de agosto de 1999, teve a primeira norma mais ampla sobre a matéria, abrangendo tanto o processamento eletrônico automatizado como o manual, exigindo o consentimento do interessado, salvo quando autorizado por lei ou seu processamento resulte indispensável para determinar o tratamento médico de uma pessoa e vantagens para sua saúde. No

²³⁰ PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.27.

²³¹ Artigo 28 da Constituição Venezuelana: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

Artigo 23 da Constituição Boliviana: I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier media físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de *habeas data* ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier juez de partido a elección suya [...].

²³² PUCCINELLI, Oscar R., *op. cit.*, p.29.

México, há a lei de transparência e acesso à informação pública governamental, de abril de 2002.²³³

Em âmbito regional iberoamericano, também há iniciativas louváveis, como a criação da Rede Iberoamericana de Proteção de Dados, ocorrida na XIII Cumbre, celebrada em Santa Cruz de la Sierra, na Bolívia, em 2003, quando também foi reconhecido o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Essa análise indicativa dos primeiros passos que estão sendo dados para a consolidação da proteção de dados pessoais, na América Latina, demonstra com exatidão que todos os países já estão despertos e dispostos a debater e a disciplinar o tratamento de dados pessoais de forma combativa aos excessos e abusos que o desvio de suas finalidades podem trazer aos direitos de personalidade dos cidadãos.

2.8 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PROTEÇÃO DE DADOS

A temática da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro é de interesse e discussão recente, o que reflete em uma legislação fragmentada e insuficiente. Além de previsões constitucionais genéricas, há diversas disposições infraconstitucionais que procuram disciplinar a matéria. O propósito e alcance dessas disposições devem ser fornecidos pela leitura da cláusula geral da personalidade. O princípio da dignidade humana, como norte do ordenamento jurídico deve ser o guia para essa construção legal que pode partir de um perfil constitucional ou infraconstitucional.

O Brasil, em sua Constituição de 1988, foi pioneiro na América Latina em estabelecer uma garantia específica para a proteção de dados. Assim, em seu artigo 5º, LXXII institui, como ação constitucional, o *habeas data* com intuito de assegurar o acesso e o conhecimento de informações armazenadas em bancos de dados bem

²³³ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.101. ARMAGNAGUE, Juan F. El derecho comparado en la protección de datos. In: ARMAGNAGUE, Juan F. (Dir). **Derecho a la información, *habeas data* e Internet**. Buenos Aires: La Rocca: 2002. p. 409.

como eventual retificação, quando necessário. Tal procedimento foi posteriormente regulamentado pela a Lei nº 9.507/97.

Infraconstitucionalmente, há leis ordinárias que disciplinam a temática, tais como as Leis nº 9.296/96 e nº 10.217/01, que dispõem sobre interceptação telefônica e gravação ambiental e o fluxo de dados delas derivados, a Lei 10.703/03, que regulamenta o cadastro dos usuários de telefones pré-pagos, a Lei Complementar 105/01, referente à quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, quando há hipótese de grave delito e a Lei nº 9.613/98, relativa à lavagem de dinheiro.

A temática, ainda pode ser conferida por meio de alguns projetos de lei, em tramitação nas casas legislativas brasileiras que pretendem disciplinar, como um todo, a matéria da proteção de dados. Dentre eles, pode se mencionar o Projeto de lei do Senado nº 321, de 2004. Na Câmara dos Deputados, da mesma forma, há projeto de lei tramitando que tratam da questão como o projeto de lei nº 836/03, que disciplina o funcionamento de bancos de dados de consumo e diversos outros que versam sobre a mesma matéria e estão a ele apensados (Projeto de leis nº 2.102/03, nº 2.798/03, nº 5.870/03, nº 3.347/04, nº 5.379/05, nº 5.958/05, nº 5.961/05, nº 6.558/06, nº 6.888/06).

Entretanto, ganham destaque os artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) e ainda, o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02), que nos seus artigos 11 a 21, dispõe sobre os direitos de personalidade.

A relevância da legislação consumerista aplicada em consonância com a recente disciplina do Código Civil será detalhada e enfrentada no próximo capítulo, em razão do corte teórico pretendido. Todavia, neste momento, em razão do fundamento constitucional e de seus reflexos em todo o ordenamento jurídico será apresentado o *habeas data* como ação constitucional para proteção dos dados pessoais.

2.8.1 HABEAS DATA - Origem e Generalidades

Mesmo com as variáveis que o conceito de privacidade possui, não há qualquer dúvida que a aspiração a uma vida privada é universal e, portanto, merece ser protegida. Acrescenta-se à necessidade de tutela da privacidade, os avanços da tecnologia e a possibilidade que a informática trouxe em cruzar dados, transformando-os em informações capazes de devassar a vida privada de qualquer um, sem sua autorização ou mesmo conhecimento.²³⁴

A proteção de dados pessoais, armazenados em registros, fichários e bancos de dados, fundamentou a adoção do *habeas data*²³⁵, que em seu sentido literal quer dizer, “tenha os dados”²³⁶. A expressão foi adotada por José Afonso da Silva após análise das constituições espanhola (artigo 18) e portuguesa (artigo 35), as quais tratam, respectivamente, sobre o controle da informática e sobre o direito de conhecimento de dados informatizados a seu respeito.²³⁷

Em sua redação final, a novidade da Constituição Federal de 1988, veio estabelecida em seu artigo 5º., LXXII: “Conceder-se-à *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

²³⁴ Nesse sentido Milton Fernandes o qual entende que o conceito de privacidade “se impregna de certa dose de subjetivismo e se submete as variáveis de tempo e de lugar”. O *habeas data* como defesa à ameaça tecnológica. Recomenda-se a leitura mais apurada desse artigo que traz os elementos fundantes para engrandecer o papel do *habeas data* na sociedade de consumo atual, organizada e gerenciada por bancos de dados (FERNANDES, Milton. **O “habeas-data” como defesa à ameaça tecnológica**, *op. cit.*, p.24).

²³⁵ José Afonso da Silva considera ser essa a fonte material para tal ação constitucional. Distingue o autor de fonte material e formal sendo esta as formas de expressão ou revelação do Direito e aquela a “causa geradora, causa eficiente de antessuposto da existência, de fato de onde provém”. (SILVA, José Afonso da. **Mandado de Injunção e *habeas data***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 53).

²³⁶ J.M. Othon Sidou faz crítica quanto à adoção desse instituto por considerar já existir meio processual constitucional adequado, o mandado de segurança, bem como faz crítica ao nome empregado, pois, de acordo com suas palavras “parece contrafação de remédio similar para diversa destinação” (SIDOU, J.M. Othon. ***Habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 287).

²³⁷ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e *habeas data***, *op. cit.*, p. 53.

Como visto, seu sentido vai além da sua literalidade, posto que, além do controle dos dados pessoais pretendido com a efetividade da garantia, o autor poderá retificá-los em caso de equívoco, ou até mesmo, cancelá-los.

José Afonso da Silva muito esclarece quando define o instituto como sendo

*um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião pública, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual, etc.); c) conservação de dados falsos com fins diversos dos autorizados em lei”.*²³⁸

Sua função consiste, portanto, em proteger a privacidade dos cidadãos, assegurando para tanto: o acesso e conhecimento dos dados constantes em registros e bancos de dados de entidades governamentais e de caráter público e sua retificação, quando incorretos.

Entretanto, se por um lado, é o instituto processual responsável por sanar a vulnerabilidade do cidadão frente à utilização de seus dados pessoais, por outro, silente é a previsão constitucional acerca do direito positivo de acesso aos dados e de sua retificação²³⁹. O que se tem na letra fria da lei é o reconhecimento do direito como objeto da ação constitucionalizada.

Outrora, quando apresentado inicialmente à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, tanto o direito quanto a sua ação correspondente estavam dispostos em artigos distintos, aquele no seu artigo 17 e este no seu artigo 48. Todavia, em determinado momento, houve a aglutinação e a conseqüente inadequação do

²³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, *op. cit.*, p.396.

²³⁹ José Afonso da Silva ressalta que “uma coisa é o *habeas scriptum* constitucional, ou seja, a previsão constitucional do direito de acesso aos dados e de sua retificação. Outra é a preordenação constitucional de um remédio (garantia jurisdicional) específico posto à disposição do legítimo interessado para exigir na via judicial o cumprimento do direito reconhecido” (SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**, *op. cit.*, p. 55)

instituto pretendido²⁴⁰. Desta feita, é no artigo 5º., LXXII que está contido tanto o direito como a ação constitucional.

2.8.2 A Lei nº 9.507/97 e o Procedimento do *Habeas Data*

Para disciplinar o novo instituto, depois de longa espera, foi editada a Lei nº 9.507/97 a qual “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”.

Essa lei ordinária permitiu que fossem esclarecidos diversos pontos obscuros que vinham surgindo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O primeiro ponto foi a superação da matéria que já havia sido sumulada pelo STJ²⁴¹, quanto à necessidade de prévia recusa do fornecimento de informações por parte da entidade governamental ou de caráter público. Para tanto, logo em seus artigos iniciais, regulamenta a fase extrajudicial da postulação, quando o interessado solicitará o conhecimento ou retificação dos dados armazenados pelo banco de dados.

Desta feita, é necessário avaliar quem são consideradas as partes legítimas. Primeiramente, cabe constar que o constituinte não pretendeu apenas delimitar a abrangência da aplicação da ação constitucional aos órgãos do governo quando utilizou as expressões entidades governamentais e de caráter público. Consoante o entendimento de José Afonso da Silva a expressão

²⁴⁰ Essa opinião é compartilhada por diversos autores. José Afonso da Silva (**Mandado de injunção e *habeas data***, *op. cit.*, p.57); J. M. Othon Sidou (***Habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular**, *op. cit.*, p. 290).

²⁴¹ Súmula nº 2 do STJ: Não cabe o *habeas data* (CF 5º., LXXII, “a”) se não houve recusa de informação por parte da autoridade administrativa.

entidades governamentais já abrange os órgãos da administração direta ou indireta, assim, “a expressão ‘entidades de caráter público’ não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público.”²⁴²

A confusão sobre quem está sujeito à disciplina do *habeas data* também foi tratada na Lei nº 9.507/97, que no parágrafo único do artigo 1º. considera “*de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações*”.

Conclui-se, assim, que a abrangência do instituto é ampla, incluindo não somente os órgãos da administração pública, direta e indireta, bem como as instituições privadas que armazenam dados para transmitir a terceiros. Ressalta-se que o dispositivo considera não somente a transmissão dos dados, mas também do seu potencial de transmissibilidade.

Restariam de fora apenas os dados armazenados para uso interno. Contudo, cabe ressaltar que, mesmo sendo interno, um cadastro pode ser repassado abusivamente sem consentimento ou autorização prévia do seu titular, o que, naturalmente, denota o caráter público necessário para a aplicação do *habeas data*.

Quanto à composição da relação processual, ainda são partes legítimas, como impetrante, o titular dos dados, sendo vedado o pedido feito por qualquer outra pessoa. Questiona-se quanto à pessoa legitimada a fazer o requerimento ou a ajuizar a ação quando se tratar de retificação posto que a alínea *b* do referido dispositivo constitucional não faz qualquer menção, abrindo a possibilidade de outros interessados o fazerem.

²⁴² SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**, *op. cit.*, p.59. Othon Sidou também ressalta essa diferença considerando que o dispositivo constitucional dispõe sobre informações constantes em registros ou bancos de dados. Entende que “registros são os mantidos pelos órgãos governamentais e os bancos de dados mantidos por entidades particulares, privadas ou civis” (SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**, *op. cit.*, p.292).

A legitimação das partes que comporão a relação judicial somente será um requisito a ser avaliado quando cumprido o requisito que instruirá o pedido inicial, qual seja a expressa recusa do fornecimento das informações.

A Lei nº 9.507/97 disciplinou, assim, a fase extrajudicial posto que o pedido de *habeas data* somente será analisado diante de tal recusa.

Assim, no artigo 2º.²⁴³, o titular dos dados deverá apresentar requerimento ao gestor do registro ou bancos de dados²⁴⁴, o qual deverá ser deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas, sendo sua decisão comunicada ao interessado em vinte e quatro horas. Deferido o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações²⁴⁵. Caso contrário, estará o requisito satisfeito para impetrar com a ação judicial.

O procedimento para a retificação de dados inexatos está contido no artigo 4º.²⁴⁶, o qual exige a comprovação, por meio de documentação hábil, dos dados a serem retificados. O depositário dos dados terá o prazo de dez dias para dar ciência ao interessado sobre seu posicionamento e a efetiva retificação.

O mesmo artigo, ainda traz em § 2º., uma situação intermediária, quando não se constatar propriamente uma inexatidão, mas houver pendência sobre a

²⁴³ Artigo 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de quarenta e oito horas.

Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas.

²⁴⁴ Hely Lopes Meirelles pondera que pode surgir para o impetrante a identificação de quem é o responsável pelo armazenamento da informação. Visando facilitar a impetração e a efetividade da medida entende-se que o impetrado será o próprio órgão ou empresa onde está a informação e não uma pessoa que ocupe um determinado cargo (MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.270).

²⁴⁵ Artigo 3º Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.

²⁴⁶ Artigo 4º Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.

§ 1º Feita a retificação em, no máximo, dez dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.

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

informação registrada. Nessa hipótese, o interessado poderá apresentar uma explicação ou contestação que será anotada no seu cadastro.

Somente após a constituição prévia de prova de recusa, a ação judicial poderá ser impetrada, consoante o disposto no artigo 8º.²⁴⁷ da Lei no 9.507/97 que dispõe os pressupostos, que funcionam como condições específicas para o ajuizamento da ação²⁴⁸.

O *habeas data* é ação com rito processual próprio que pode ser assim sintetizado: recebida a ação, o juiz, de pronto, após análise, deferirá ou não o pedido, notificando o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias.²⁴⁹

Passado o prazo para que as informações sejam prestadas, o processo será encaminhado ao Ministério Público para parecer.²⁵⁰

²⁴⁷ Artigo 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

²⁴⁸ Renato Afonso Gonçalves entende ser inconstitucional essa norma, pois crê ser a prova pré-constituída uma faculdade conferida pelo ordenamento jurídico ao interessado. Exigir esta prática é negar o direito de ação (GONÇALVES, Renato Afonso. **Bancos de dados e relações de consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 99).

²⁴⁹ Artigo 9º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias.

Artigo 10. A inicial será desde logo indeferida, quando não for o caso de *habeas data*, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos nesta Lei.

²⁵⁰ Artigo 12. Findo o prazo a que se refere o art. 9º, e ouvido o representante do Ministério Público dentro de cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz para decisão a ser proferida em cinco dias.

Voltando os autos, caberá ao juiz proferir sentença. Caso o julgamento seja pela procedência, o juiz marcará dia e hora para que as informações sejam prestadas ao impetrante ou, no caso de retificação de dados ou anotações, para que apresente em juízo a prova dos novos assentamentos.²⁵¹

Caso o julgamento seja pela improcedência, caberá recurso de apelação, tendo apenas efeito devolutivo.²⁵² Nesse caso, caberá pedido de suspensão da execução da sentença ao presidente do tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso.²⁵³

O processo de *habeas data* tem prioridade perante as demais ações que tramitam na esfera jurisdicional competente, com exceção do *habeas corpus* e mandado de segurança.²⁵⁴

²⁵¹ Artigo 13. Na decisão, se julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator:

I - apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; ou

II - apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante.

²⁵² Artigo 15. Da sentença que conceder ou negar o *habeas data* cabe apelação.

Parágrafo único. Quando a sentença conceder o *habeas data*, o recurso terá efeito meramente devolutivo.

²⁵³ Artigo 16. Quando o *habeas data* for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.

²⁵⁴ Artigo 19. Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas-corpus* e mandado de segurança. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator. Parágrafo único. O prazo para a conclusão não poderá exceder de vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

No artigo 20²⁵⁵, está definida a competência para julgamento do *habeas data*, tanto originariamente, como em grau de recurso. Tal dispositivo reproduz, em sua grande parte, o disposto na Constituição Federal de 1988.

A Lei garante, em seu artigo 21²⁵⁶, a gratuidade tanto do procedimento extrajudicial como a ação judicial em si, vedando qualquer cobrança a título de custas, preparo ou taxas judiciais.

A lei que disciplinou o *habeas data* não deixou claro, todavia, se o fornecimento da informação e sua eventual retificação podem ser realizados num mesmo feito. Consoante a lição de Hely Lopes Meirelles “se o *habeas data* for impetrado para fornecimento de informações, e estas devam ser retificadas, só poderão sê-lo através de um novo procedimento administrativo e/ou judicial”.²⁵⁷ Todavia, Luís Roberto Barroso, não tem a mesma certeza visualizando dois caminhos possíveis

²⁵⁵ Artigo 20. O julgamento do *habeas data* compete:

I - originariamente:

- a) ao Supremo Tribunal Federal, contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- b) ao Superior Tribunal de Justiça, contra atos de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;
- c) aos Tribunais Regionais Federais contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) a juiz federal, contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
- e) a tribunais estaduais, segundo o disposto na Constituição do Estado;
- f) a juiz estadual, nos demais casos;

II - em grau de recurso:

- a) ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão denegatória for proferida em única instância pelos Tribunais Superiores;
- b) ao Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais;
- c) aos Tribunais Regionais Federais, quando a decisão for proferida por juiz federal;
- d) aos Tribunais Estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal;

III - mediante recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos na Constituição.

²⁵⁶ Artigo 21. São gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de *habeas data*.

²⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p.274.

*ou determinar-se ao impetrante pleitear, ab initio e desde logo, o acesso aos dados e, se inexatos ou incompletos, a retificação ou anotação cabível; ou então abrir-se-lhe, após a exibição dos assentamentos, nova oportunidade para, querendo, pedir a retificação ou anotação.*²⁵⁸

Em vistas do princípio da economia processual, prevalecerá sempre o procedimento mais célere e efetivo às partes. Nesse caso, o *habeas data* poderá ser desdobrado em duas fases caso seja necessário, após conhecimento dos dados realizar a retificação ou anotação.

Constata-se que o procedimento do *habeas data* é muito mais amplo do que as relações de consumo que se pretende tratar no presente trabalho. É ação constitucional diretamente vinculada à necessidade de proteção dos dados pessoais, isto é, se refere ao direito do cidadão de ter controle sobre as informações que dizem respeito a sua pessoa, permitindo-lhe decidir o que virá a público ou não, guardando sua privacidade.

A Constituição Federal de 1988, que prevê a dignidade humana como seu alicerce, foi precisa e certa quando garantiu, por meio dessa ação constitucional, a possibilidade de efetividade de direitos diretamente a ela relacionados. Mesmo não tendo o grau de eficácia pretendido, o *habeas data* despertou o debate acerca do controle de informações pessoais armazenados em inúmeros bancos de dados, cadastros e registros públicos e privados e, por estar garantido e regulamentado, é um instrumento que pode ser utilizado para tutelar os direitos de personalidade, mais precisamente, a tutela da privacidade.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 272.

3 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E OS ARQUIVOS DE CONSUMO

3.1 SOCIEDADE DE CONSUMO E O CONSUMO EM MASSA: A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR

A partir do século XX, a sociedade contemporânea se organizou em razão do fenômeno das relações de consumo. Essa constatação não é pontual, ao contrário, está presente em todo o mundo, de forma massificada, sendo determinada pelo aumento crescente de oferta de produtos e serviços, alavancado pelo desenvolvimento do *marketing* e pela facilidade do crédito. Essas características das relações de consumo se identificam como o elemento propulsor do desenvolvimento econômico.

Como resposta à produção em massa tão disposta a ignorar diferenças, aos abusos da publicidade tão vibrante em recrutar mais consumidores, e à confiabilidade e transparência das relações de consumo fundadas de um lado no poderio econômico e lucro e de outro na necessidade efetiva de consumir para viver e alcançar bem estar, surge um movimento consumerista que exige um equilíbrio de forças.

Othon Sidou enfatiza o papel da sociedade de consumo como fator fundante dessa preocupação que originou tal tutela, consoante seu ensinamento

o que deu dimensão enormíssima ao imperativo cogente de proteção ao consumidor, a ponto de impor-se como tema de segurança do Estado no mundo moderno, em razão dos atritos sociais que o problema pode gerar e ao Estado incumbendo delir, foi o extraordinário desenvolvimento do comércio e a conseqüente ampliação da

*publicidade, do que igualmente resultou, isto sim, o fenômeno conhecido dos economistas do passado – a sociedade do consumo, ou o desfrute pelo simples desfrute, a aplicação da riqueza por mera sugestão consciente ou inconsciente.*²⁵⁹

Novos tempos representam a necessidade de uma nova concepção sobre a ciência do direito. A recolocação do sujeito no cerne das relações jurídicas representa, neste contexto, a valoração ética dos comportamentos em sociedade e a formulação de um direito poroso, aberto, sensível aos avanços da tecnologia e a capacidade intelectual do homem e, afinal, eficaz para regular novos conflitos que se revelam.²⁶⁰

A legislação consumerista surge como representação de um tempo com valores fundados na pessoa humana, superando o individualismo e o patrimonialismo característicos da legislação até então em vigor.

A consagração do princípio da dignidade humana como norteador do ordenamento jurídico dá os contornos de uma proteção que deve estar contido dentro dos parâmetros do conceito de cidadania que no entender de Luiz Edson Fachin

*pode ser o continente que irá abrigar a dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais. Não mais, porém, como um sujeito de direitos virtuais, abstratos ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria.*²⁶¹

²⁵⁹ SIDOU, J. M. Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.5.

²⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.314.

²⁶¹ *Idem. Ibidem*, p.330.

As relações de consumo são atingidas diretamente por essa mudança de paradigma que, acima de tudo, estabeleceu novos parâmetros de conduta. Se, por um lado, reconheceu a presumida vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, por outro, forneceu instrumentos capazes de assegurar a prevenção e a reparação de eventuais prejuízos sofridos. Tudo com vistas à equivalência de forças, por meio da transparência nas relações de consumo, ao respeito e confiança mútuos das partes.

3.1.1 Fundamento Constitucional na Legislação Brasileira da Tutela do Consumidor

A vulnerabilidade do consumidor frente às práticas comerciais vorazes, em razão de um mercado cada vez mais competitivo, caracteriza e fundamenta a necessidade de se proteger juridicamente, por meio do Estado, as relações de consumo.

A constatação de que havia um desequilíbrio nas relações de consumo fez com que vários países na década de 1970 editassem normas regulamentando a matéria de forma a proteger os interesses dos consumidores.

A repercussão do tema que não é só de um país, mas sim de todo o contingente de pessoas que estão e fazem parte do comércio em geral, chegou à ONU, a qual coube manifestar, editando a Resolução nº 39/248, de 1985 quando reconheceu expressamente *“que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo”*.²⁶²

Porém, foi com a já referida Resolução, que expressamente se recomendou que os governos desenvolvessem e reforçassem uma política firme de proteção ao

²⁶² Este mesmo organismo internacional já havia dado os primeiros passos para o reconhecimento de direito do consumidor com a aprovação da Resolução nº 2.542 de 11 de dezembro de 1969, ao ser proclamada a Declaração das Nações Unidas sobre o progresso e o desenvolvimento social. Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, enunciou e reconheceu os direitos fundamentais e universais do consumidor.

consumidor que atendesse às seguintes necessidades legítimas: a) riscos à saúde e à segurança; b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; c) acesso dos consumidores a uma informação adequada que os permita fazer escolhas bem fundadas conforme seus desejos e necessidades; d) a educação do consumidor; e) a possibilidade de reparação efetiva ao consumidor em caso de eventual dano; e f) a liberdade de constituir grupos ou outras associações de consumidores que façam ouvir suas opiniões nos processos de decisões que afetem os interesses dos consumidores.

A resolução convoca os governos a prover ou manter infra-estrutura adequada para desenvolver, implementar e orientar as políticas de proteção ao consumidor bem como a editar normas aplicáveis a toda forma de bens e serviços, domésticos e exportáveis. Como as normas exaradas pela ONU não são imperativas, coube a cada país implementá-las da maneira mais adequada a sua realidade, de acordo com suas prioridades e necessidades.

No Brasil, a tutela dos interesses dos consumidores é recente. Em nível federal, somente em 1985, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto nº 91.469), posteriormente extinto e substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, subordinado à SNDE (Secretaria Nacional de Defesa Econômica).

Entretanto, a vitória mais significativa dos órgãos e entidades civilmente organizadas para a defesa do consumidor veio com a proclamação da Constituição Federal Brasileira (CF), em 5 de outubro de 1988, quando, em quatro dispositivos específicos sobre o tema fez vingar e reconhecer toda a importância que o tema merece.

O primeiro deles, inclui-se entre os direitos e garantias fundamentais, proclama, no artigo 5º. XXXII, que “*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”. É o mais importante por refletir toda a concepção do movimento

consumerista. Em outro tópico, o artigo 24, VIII²⁶³ atribui a competência para legislar sobre danos do consumidor.

Já no capítulo referente à Ordem Econômica, no artigo 170, V²⁶⁴, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia. Por fim, o artigo 48²⁶⁵ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anuncia a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no prazo máximo de 120 dias após a promulgação da Constituição.

Com um considerável atraso, em 11 de setembro de 1990, foi aprovado e promulgado, após longos debates, emendas e vetos à Lei Federal nº 8.078, que dispõe, consoante seu artigo 1º., sobre *“normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social”*. Isso equivale dizer que a lei estabelecida é inderrogável por vontades das partes envolvidas nas relações de consumo bem como *“visa resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo”*.²⁶⁶

Com a legislação protetiva do consumidor ganham força a ordem e os novos valores emanados pela Constituição Brasileira, como a solidariedade social, o valor da iniciativa, a igualdade substancial e a já apresentada, dignidade da pessoa humana o que reflete, em um âmbito maior, a busca pela cidadania.

²⁶³ Artigo 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

²⁶⁴ Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]

²⁶⁵ Artigo 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

²⁶⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 27.

A cidadania deve ser o ponto de partida para que os direitos dos consumidores sejam não somente reconhecidos, mas também sejam eficazes. Eis a grande questão que deve tocar os juristas da atualidade perante esta nova realidade que se descortina. A cidadania, concebida como elemento essencial, *“será a ponte, o elo de ligação, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um direito mais sensível”*²⁶⁷.

A proteção do consumidor exige, portanto, não apenas uma lei especializada, mas um novo paradigma, uma nova mentalidade, adequada a uma nova realidade que traz consigo uma visão não somente individual, mas sim coletiva o que, conseqüentemente, demanda uma proteção igualmente difusa e coletiva.

3.1.2 Visão Geral do Código de Defesa do Consumidor

O constituinte brasileiro, portanto, edificou bases sólidas para a construção da defesa do consumidor. A legislação infraconstitucional que veio em decorrência do disposto no texto maior, emerge já com diretrizes claras dentro de um contexto mais amplo que é a tutela da pessoa humana, a qual não poderá se afastar.

Todavia, o CDC deve ser analisado de forma conciliatória posto que a codificação da defesa do consumidor não pode ser conduzida a proteger somente os interesses dos consumidores, ignorando e, muitas vezes, inviabilizando a produção. Ao contrário, a regulamentação das relações de consumo deve compatibilizar de forma transparente, harmônica e adequada os interesses das partes envolvidas, quer seja, consumidores e fornecedores.

²⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.41, jan./mar. 2002, p.85.

Consoante a lição de José Geraldo Brito Filomeno

se por um lado efetivamente se preocupa com o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (isto é, respeito à sua dignidade, saúde, segurança e aos seus interesses econômicos, almejando-se a melhoria de sua qualidade de vida), por outro visa à paz daquelas, para tanto atendidos certos requisitos, [...], dentre os quais se destacam às boas relações comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado, da tutela das marcas e patentes, inventos e processos industriais, programas de qualidade e produtividade, enfim, uma política que diz respeito ao mais perfeito possível relacionamento entre consumidores – todos nós em última análise, em menor ou maior grau – e fornecedores.²⁶⁸

É nesse sentido que o artigo 4º. do CDC²⁶⁹ determina as diretrizes da Política Nacional de Relações de Consumo. Visivelmente se percebe que a intenção é equilibrar as relações de consumo. O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, de acordo com a posição de João Batista de Almeida

²⁶⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p.61.

²⁶⁹ Artigo 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

*não será outro que não o de eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir a proteção à parte mais fraca e desprotegida.*²⁷⁰

Desse dispositivo emana o caráter principiológico do CDC o qual, em seus incisos, reconhece a vulnerabilidade do consumidor, a presença do Estado por meio de ações governamentais, a compatibilização dos interesses do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, a educação e conscientização dos consumidores e fornecedores, quanto aos seus direitos e deveres, incentivo ao autocontrole, coibição e repressão de abusos, melhoria dos serviços públicos e a constante mutação do mercado de consumo.²⁷¹

Os direitos básicos do consumidor são definidos a partir dessa principiologia e estão elencados nos nove incisos do artigo 6º.²⁷² da legislação em vigor. O destaque cabe à proteção contra métodos comerciais coercitivos e desleais, bem

²⁷⁰ ALMEIDA, João Batista. **Proteção jurídica do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.16.

²⁷¹ James Marins traduz tais princípios, os quais concordam-se para o desenvolvimento deste trabalho: princípio da vulnerabilidade, princípio do dever governamental; princípio da garantia de adequação, princípio da boa-fé nas relações de consumo, princípio da informação e princípio do acesso à justiça (Cf. MARINS, James. *Habeas data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.26, p.107, abr./jun. 1998).

²⁷² Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- IX - (Vetado);
- X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Ressalte-se, ainda, a *“efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”* e o *“acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”*.

O CDC se mostra como um microsistema jurídico próprio com vistas à proteção integral do consumidor. Para tanto, utiliza institutos preexistentes dando enfoque próprio dentro das esferas administrativa, civil, penal e processual. O artigo 7º.²⁷³, em seu *caput* ainda não exclui de aplicação, quando necessário, direitos do consumidor decorrentes de outras normas, como tratados e convenções internacionais.

Por força de seu caráter interdisciplinar, a lei foi dividida em seis títulos (Dos direitos do consumidor, Das infrações penais, Da defesa do consumidor em juízo, Do sistema nacional de defesa do consumidor, Da convenção coletiva de consumo e Disposições finais), os quais estão subdivididos em vários Capítulos e Seções. Dentro dessas divisões verificamos as tutelas específicas nos campos civil (artigos 8º. a 54), administrativo (artigos 55 a 60, 105 e 106), penal (artigos 61 a 80) e jurisdicional (artigos 81 a 104).

²⁷³ Artigo 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Quando o assunto são os bancos de dados e cadastros de consumidores, estes estão localizados dentro do Título I, Capítulo V. Há uma Seção própria para a temática (Seção VI), mais especificamente no artigo 43²⁷⁴ do CDC. Trata-se do único texto legal que regula a matéria de bancos de dados, no caso consumerista denominados de arquivos de consumo, por isso sua importância e expressão.²⁷⁵ Ainda sobre os bancos de dados e cadastros de consumidores há, dentro do Título II, Das infrações penais, a definição de dois tipos penais, descritos nos artigos 72 e 73²⁷⁶.

3.2 OS ARQUIVOS DE CONSUMO NA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Os arquivos de consumo, até a promulgação do CDC, não contavam com qualquer dispositivo próprio que os regulassem. Quando da sua inserção no texto normativo teve como fonte de inspiração, o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA),

²⁷⁴ Artigo 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

²⁷⁵ O artigo 3º., §2º. da Lei 7.232/84, sobre a Política Nacional da Informática dispõe que “a estruturação e a exploração de bancos de dados serão regulados por lei específica”, o que ainda não foi realizado. Existem apenas normas auto-regulamentares, contratuais e éticas criadas por associações e organizadores de bancos de dados que, consoante Ana Paula Gamboji Carvalho, “são destituídas de validade, sempre que contrariarem, direta ou indiretamente, os dispositivos legais da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que tratam de direitos indisponíveis, de ordem pública e interesse social” (CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.92).

²⁷⁶ “Artigo 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros:

Pena - Detenção de seis meses a um ano ou multa.

Artigo 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata:

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.”

aprovado em 1970 pelo Congresso americano e incorporado ao *Consumer Credit Protection Act*, no seu título VI (§ 601 a §629). Ainda foi útil aos legisladores, quanto a estrutura dos arquivos de consumo em geral, o anteprojeto do *National Consumer Act*²⁷⁷ posto que, como assevera o autor do anteprojeto do CDC, Antônio Herman V. Benjamin, “o *Direito norte-americano cuida da matéria, atentando muito mais para o problema dos SPCs do que propriamente para o armazenamento de informações sobre o consumidor em outros estabelecimentos*”.²⁷⁸

De qualquer forma, o FCRA traz considerações bastante pertinentes assim analisadas por Antônio Carlos Efiging e traduzidas:

*a) na importância atribuída aos arquivos de consumo; b) na imperatividade de precisão e honestidade no arquivamento de dados; c) na confiança pública derivada dos arquivos de consumo e sua relação com os serviços bancários; e d) na necessidade de garantia em favor do direito à privacidade do consumidor.*²⁷⁹

A privacidade dos consumidores é destacada em diversos dispositivos quer pela limitação do tipo de informação que as agências são autorizadas a fornecer (§ 605), quer pela destinação a ser dada às informações recolhidas (§ 604). Este último dispositivo ainda prevê “a *necessidade, em alguns casos, de revelação ao consumidor, por escrito, antes da obtenção ou do oferecimento dos dados, da existência de possibilidade destes serem obtidos*”.²⁸⁰

O papel de destaque dos arquivos de consumo foi sendo conquistado por meio, principalmente, dos bancos de dados de controle de crédito do consumidor,

²⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.399-400. O autor ainda expõe que, no momento da elaboração do CDC a contribuição européia foi mínima, posto que a Diretiva européia sobre o tema 95/46 somente foi promulgada em 1995.

²⁷⁸ *Idem. Ibidem*, p.464.

²⁷⁹ EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.97.

²⁸⁰ *Idem. Ibidem*, p.99.

como o SPC²⁸¹ e SERASA²⁸², os quais, em razão da massificação das relações comerciais, buscaram superar o anonimato dos partícipes dessa relação, gerenciando informações a seu respeito que determinarão, por meio de critérios especificados por um parceiro, o grau de confiabilidade e a capacidade creditícia do outro. Contudo, os bancos de dados de consumo não ficam adstritos a essa finalidade, vão além disso, “vão desde o mero arquivamento de informações nas relações com fornecedores de bens e serviços, até a combinação de dados mais complexos para se traçar um perfil detalhado do usuário, de seus hábitos, gostos e preferências”.²⁸³

Os arquivos de consumo visivelmente trazem benefícios àqueles que dele se utilizam em virtude de sua clareza e organização, bem como a facilidade em sua disposição e consulta. Antônio Herman V. Benjamin atribui a eles uma função positiva concluindo que seu aparecimento

*trouxe benefícios à sociedade de consumo, não sendo difícil apontar sua utilidade, na ampliação da circulação de produtos e serviços, na diminuição dos riscos de crédito, agilizando sua concessão, e na mecanização das informações financeiras.*²⁸⁴

Todavia, não obstante a indiscutível utilidade dos bancos de dados, se manipulados de forma incorreta e invasiva, podem afrontar direitos constitucionalmente assegurados, como a privacidade. Unindo a possibilidade de

²⁸¹ O SPC (Serviço de Proteção ao Crédito) é ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL) e detém atualmente aproximadamente 70% do mercado brasileiro de informações de crédito ao consumidor. O primeiro SPC surgiu em Porto Alegre em julho de 1955, mediante a iniciativa de 27 empresários locais. Para maiores detalhes sobre a história do SPC, veja Antônio Herman V. Benjamin, *op. cit.*, p.402.

²⁸² SERASA é outro grande banco de dados que fornece informações para decisões de crédito e apoio a negócios. Presente em todas as capitais e principais cidades do País, totalizando 140 pontos estratégicos, a Serasa conta com um quadro de pessoal com mais de 2.000 profissionais e a retaguarda de um amplo centro de telemática. Como maior banco de dados da América Latina sobre consumidores, empresas e grupos econômicos, a Serasa participa da maioria das decisões de crédito e de negócios tomadas no Brasil, respondendo *on-line/real-time*, a 3,5 milhões de consultas por dia, demandadas por mais de 300 mil clientes diretos e indiretos. Disponível em: <<http://www.serasa.com.br>>. Acesso em: 17 mar. 2007.

²⁸³ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.89.

²⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.348.

programas de computador cruzarem em diversos níveis tais dados, torna-se tênue a diferença entre armazenamento e a manipulação. Ocorre que *“a informática acrescenta à coleta, ao tratamento e ao emprego dos dados alterações quantitativas tão importantes que provocam mudança qualitativa”*.²⁸⁵

Oportuna a constatação de Milton Fernandes que também alerta ao poder criado pela informática quando aplicada aos bancos de dados

*não se colocaria o problema se as informações constantes dos bancos de dados se destinassem apenas a fins científicos. Ocorre que nos nossos dias muitos desses bancos são criados apenas com o objetivo de armazenar dados pessoais e arquivos confidenciais.*²⁸⁶

Desta forma, constata-se que um dos bens a ser protegido, indiscutivelmente, na nossa legislação consumerista, é o direito fundamental à privacidade extensivo por suposto, à proteção dos dados pessoais.

²⁸⁵ FERNANDES, Milton. **O “habeas data” como defesa à ameaça tecnológica**, *op. cit.*, p.66.

²⁸⁶ *Idem. Ibidem*, p.66.

O CDC, no título da Seção VI²⁸⁷ do Capítulo V, distingue dentro dos denominados arquivos de consumo os *bancos de dados* de consumidores e os *cadastros* de consumidores. Assim sendo, os arquivos de consumo tornam-se gênero das espécies ora apresentadas.²⁸⁸

Com efeito, a referida Seção do CDC, em seu artigo 43, abrange não somente bancos de dados e cadastros de consumidores posto que em seus parágrafos há ainda alusão adicional a fichas e registros. A *ratio* do legislador, consoante lição de Antônio Herman V. Benjamin, um dos autores do anteprojeto do CDC

foi abarcar com as duas denominações todas as modalidades de armazenamento de informações sobre consumidores, sejam elas privadas ou públicas, de uso pessoal do fornecedor ou abertas a terceiros, informatizadas ou manuais, setoriais ou abrangentes. É nessa perspectiva que bem se pode falar que o CDC publicizou os arquivos de consumo, não no tocante à sua dominialidade ou

²⁸⁷ A Seção VI trata, como refere sua titulação, dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Nela está compreendida o teor dos artigos 43 e 44, haja vista que o artigo 45 foi vetado pela Presidência da República.

Artigo 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no artigo 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º. Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º. A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º. O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º. Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º. Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Artigo 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º. É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º. Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do artigo 22 deste Código.

²⁸⁸ De acordo com Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin “em estrito rigor terminológico, a expressão arquivo de consumo é gênero do qual fazem parte duas grandes famílias de registros: os *bancos de dados* e os *cadastros* de consumidores, denominação dobrada utilizada pela Seção VI do Capítulo V (Das práticas comerciais) do CDC” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.373).

*gerenciamento dos registros, mas no que tange à acessibilidade ampliada e democratizada das informações que mantêm.*²⁸⁹

O que se depreende é que o legislador quis dar a importância devida ao tema, procurando não deixar de fora qualquer forma de coleta, armazenamento e utilização de dados pessoais. Nesse mesmo sentido, expõe Fábio Ulhôa Coelho dimensionando a sua aplicação

*a disciplina se aplica a qualquer armazenamento de informações, informatizado ou não, precária ou altamente organizado. O pequeno fornecedor que mantém uma agenda com dados de sua clientela deve, tanto quanto o grande empresário, observar um conjunto de regras definidas em defesa do consumidor.*²⁹⁰

A distinção exaustiva entre as espécies bancos de dados e cadastros de consumidores é realizada por alguns autores, entretanto, a aplicação e a compatibilização do direito à proteção de dados pessoais deve permear qualquer que seja a espécie dos arquivos de consumo. Por assim ser, o presente estudo não irá utilizar tal distinção, utilizando-as como sinônimas.²⁹¹

²⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.360-361.

²⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhôa *et al.* **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.175.

²⁹¹ Antônio Carlos Efig, tem obra própria que enfatiza tal distinção. Explicita sete características que diferenciam os bancos de dados dos cadastros de consumidores: 1) Quanto à forma de coleta dos dados armazenados: nos cadastros de consumidores são inclusos somente os dados dos consumidores que mantiverem relações comerciais com o fornecedor, diferentemente do que ocorre nos bancos de dados, onde a coleta é aleatória em virtude da função meramente econômica do seu funcionamento. 2) Quanto à organização dos dados armazenados: nos cadastros de consumidores estes são utilizados imediatamente pelo fornecedor, estando prontamente dispostos para eventual busca. Já, nos bancos de dados, a informação poderá vir a ser utilizada no futuro, tendo uma utilização mediata frente à destinação a lhe ser dada. 3) Quanto à continuidade da coleta e da divulgação: nos cadastros de consumidores não há, em um primeiro momento, interesse em divulgar as informações ali contidas, já nos bancos de dados há necessidade de conservação permanente. 4) Quanto à existência de requerimento para o cadastro: os bancos de dados fazem o agrupamento dos dados sem qualquer consentimento do consumidor, muitas vezes sem sequer seu conhecimento. Esta característica é uma das que mais demonstra a importância da proteção do consumidor. Ao contrário dos cadastros de consumidores onde as informações são obtidas diretamente pelo consumidor. 5) Quanto à extensão dos dados postos à disposição: “nos cadastros de consumidores é possível o lançamento de *juízos de valor* como *informação interna* e para orientação *exclusivamente dos negócios do fornecedor-arquivista*, em virtude da destinação

Tem-se, então, que os arquivos de consumo constituem todas as formas de coleta, armazenamento e processamento de informações pessoais referentes aos consumidores. A legislação já se mostrou clara em sua pretensão de regular todas as formas de tratamento de dados, o foco, por conseguinte, deve voltar-se à aplicação conjugada da disciplina que norteia a proteção de dados pessoais e as relações de consumo.

3.2.1 Arquivos de Consumo, a Evolução Tecnológica e o *Marketing*

A importância de estruturar um banco de dados organizado e com critérios de busca claros e ágeis se torna imprescindível para o desenvolvimento de qualquer negócio. A exemplificação da utilidade de um cadastro pode ser realizada em qualquer segmento.

O carro, por ser uma paixão nacional, por exemplo, garante às suas revendas a visita de muitas pessoas interessadas para conhecer o produto e eventualmente fechar negócio. Entretanto, nos dias atuais, ter conhecimento apenas do produto que vende (como modelos, cores, motorização, tipo de combustível, acessórios que os complementam, entre outras) não garante ao seu proprietário ou gestor o faturamento e muito menos a fidelização de clientes, precisa haver um diferencial e este diferencial está no conhecimento do seu cliente. Saber qual é a regularidade de compra de veículos, sua capacidade financeira, seu interesse pelo produto tornará mais fácil a venda. Se considerar uma empresa de pequeno porte,

destes dados. Já nos bancos de dados, que têm características de transferência das informações a terceiros, é defeso o juízo de valor em seus arquivos estando autorizados somente a lançar dados objetivos e não-valorativos, quanto às relações comerciais do consumidor ou quanto a sua pessoa, estes somente quando sejam indispensáveis às relações de consumo". 6) Quanto à função das informações obtidas: os cadastros de consumidores são enquadrados no âmbito informativo, em virtude de se utilizarem subsidiariamente das informações para fins de formalizar um negócio, diferentemente dos bancos de dados que tem sua função diretamente ambientada na esfera econômica, sendo sua própria fonte de renda e atividade comercial a transmissão dos dados. 7) Por fim, quanto ao alcance da divulgação das informações pode-se caracterizar o cadastro de consumidores como sendo de transmissibilidade interna posto que "*seu alcance espacial não extrapola necessidade intrínseca do fornecedor, que não utiliza-se dos seus arquivos com o condão de difundir a terceiros os dados nele contidos*". Ao revés, os bancos de dados de consumidores os quais tem por função precípua de seus arquivos, o repasse a terceiros interessados (EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.30-34).

com um número limitado de clientes, é possível visualizar um atendimento mais personalizado, no qual o dono e seus funcionários conhecem os hábitos e gostos de seus clientes.

Por outro lado, esse ambiente personalizado torna-se mais distante quando as dimensões dessa empresa aumentam. O cenário atual mostra as empresas cada vez mais expostas a um mundo sem fronteiras, sendo partícipes de disputas concorrenciais acirradíssimas, em que ter um diferencial se torna essencial.

Nessa nova realidade, *“às forças externas atuantes sobre as empresas (clientes e mercados) serão preponderantes com relação às de natureza interna (produtos e processos)”*.²⁹²

O que importa no fundo é o relacionamento da empresa com quem efetivamente decide, isto é, quem dá as regras é o cliente e esse conjunto de pessoas forma o mercado que delimita e define a demanda de produtos e serviços. Disto decorre o conceito de *marketing*, palavra inglesa definida por Fernando Gherardini Santos como

*o conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca, ou seja, trata-se de uma interface entre a atividade econômica do fornecedor e o mercado de consumo, além, repita-se do marketing de pós-venda, relativo à garantia de adequação dos produtos e serviços.*²⁹³

Os bancos de dados sempre se mostraram úteis, porém, com os avanços da informática fizeram com que seus gestores pudessem otimizar sua tarefa de forma mais célere e com maior eficácia, o que trouxe tanto mudanças qualitativas quanto quantitativas. De acordo com Ana Paula Gamboji Carvalho

²⁹² BARBIERI, Carlos. **BI – Business Intelligence**: modelagem & tecnologia. Rio de Janeiro: Axcel Books do Brasil, 2001. p.10.

²⁹³ SANTOS, Fernando Gherardini Santos. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do *marketing* empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.138.

*O uso do papel, que tornava o armazenamento e o manuseio de dados lentos e poucos práticos, foi abandonado e substituído por sofisticadas tecnologias digitais, capazes de alcançar resultados antes impensáveis em termos de acúmulo, volume, processamento e cruzamento de dados, bem como de rapidez e eficiência no seu manuseio.*²⁹⁴

Com a massificação do consumo, os fornecedores de produtos e serviços precisam dispor de informações organizadas e de fácil acesso a seus clientes e potenciais clientes para viabilizar as relações de consumo. Daí decorre a relevância dos arquivos de consumo no ambiente empresarial, principalmente no *marketing*.

Todavia, o que se deve ter em mente é que todas as situações modificadas pelos avanços tecnológicos devem “convergir para o aprimoramento das relações sociais, como instrumentos da realização humana a serviço do homem”.²⁹⁵

Diversas foram as formas que as empresas identificaram como métodos para se relacionar com seus clientes. Depois da figura do “ombudsman” dos anos 90, o qual era responsável por ouvir as reclamações dos clientes, surge o CRM, sigla norte-americana para *Customer Relationship Management* (Gestão do relacionamento com o cliente) que se trata de uma

*estrutura de conceitos pronta para azeitar essas relações entre cliente e vendedor, não somente pela busca do conhecimento profundo de seus anseios, mas também por uma estrutura de serviços capaz de satisfazê-lo, antes que o concorrente o faça.*²⁹⁶

A empresa quer tratá-lo como um velho e compreensivo amigo, posto que conhece seus hábitos e os respeita. Esse comportamento gera uma sensação de não ser mais um, de não ser mais um número de vendas, o que aumenta a proximidade e o grau de fidelidade do cliente.

²⁹⁴ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.88-89.

²⁹⁵ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.38.

²⁹⁶ BARBIERI, Carlos, *op. cit.*, p.9.

Essa mudança de foco do grande mercado para o cliente, individualmente considerado, requer mudanças em todos os níveis organizacionais, conduzindo, para sua regularidade e eficácia, ao desenvolvimento de ferramentas informáticas como meio de segregar os grupos de clientes a serem atingidos (expressão inglesa *target*) e tornar mais eficaz a estratégia de *marketing* traçada. O seu único objetivo é fidelizar o cliente e, para isso, é imprescindível conhecê-lo como ninguém.²⁹⁷ Essa é a essência do conceito de CRM,

*onde o pleno conhecimento de perfil do seu consumidor permite a segmentação desse universo em classes mais interessantes do ponto de vista de probabilidade de negócios, favorecendo o planejamento das campanhas e ações de marketing com mais foco.*²⁹⁸

Campanhas bem planejadas atingem objetivamente o público certo e reduzem custos. Entretanto, como segmentar todas essas informações de modo a identificar o que oferecer e quando oferecer para o cliente, otimizando recursos e acertando o alvo rumo à lucratividade?

A tecnologia surge, assim, como produtora de soluções para as relações de consumo, visto que a arte de vender pode ser aperfeiçoada com um conhecimento mais aprofundado do cliente, atendendo-o em seus anseios, com produtos corretos, oferecidos no tempo certo, abordando-o corretamente pelo meio de comunicação que lhe convém. Essa é a grande tarefa dos bancos de dados automatizados²⁹⁹, ser uma base de recursos informacionais, a qual, a partir de parâmetros pré-determinados, poderá extrair os clientes que se enquadram dentro do perfil. É a

²⁹⁷ Segundo informações publicadas, é cinco vezes mais caro conquistar um novo cliente do que mantê-lo, e é nove vezes mais caro reconquistar um cliente perdido (BARBIERI, Carlos, *op. cit.*, p.12).

²⁹⁸ BARBIERI, Carlos, *op. cit.*, p.12.

²⁹⁹ São exemplos de estrutura automatizada de banco de dados o *Data Warehouse* (DW) ou o *Data Marts* (DM). São destinados a sistemas de apoio à decisão gerencial. Se um banco de dados, pura e simplesmente, fornece o valor de determinado bem, esse banco de dados analíticos, conseguirá me informar a quantidade desse bem vendido por modelo, por cor, por espaço temporal e outras tantas variáveis.

memória do proprietário da revenda de veículos sendo substituída por um grande banco de dados.

Várias são as ferramentas que auxiliam na busca pelos perfis desejados, o *Business Intelligence (BI)*³⁰⁰ é uma delas. Enquadra-se nessa técnica o denominado *profiling*, técnica que visa montar grupos de pessoas as quais possuem os mesmos hábitos ou características, identificando, assim, um alvo potencial para ações promocionais, por exemplo.

O BI ainda pode conter aplicações especiais de tratamento de dados, como o *Data Mining*, ou mineração de dados, ferramenta pela qual as empresas podem “*buscar correlações escondidas em altos volumes de dados, nem sempre evidentes*”.³⁰¹ Trata-se como bem expõe Luís Alfredo Vidal de Carvalho “*do uso de técnicas automáticas de exploração de grandes quantidades de dados de forma a descobrir novos padrões e relações que, devido ao volume de dados, não seriam facilmente descobertas a olho nu pelo ser humano*”.³⁰²

É uma tentativa de descobrir padrões de comportamento de clientes a partir de dados que não revelam nenhuma informação aparente.³⁰³

A exploração dos dados por meio do *Data Mining* tem vários motivos que o fundamentam. É possível definir hábitos de consumo e prever necessidade de

³⁰⁰ De acordo com Carlos Barbieri trata-se de “ferramenta que representa a habilidade de se estruturar, acessar e explorar informações, normalmente armazenadas em bancos de dados, com o objetivo de desenvolver percepções, entendimentos, conhecimentos, os quais podem produzir um melhor processo de tomada de decisão” (BARBIERI, Carlos, *op. cit.*, p.5).

³⁰¹ BARBIERI, Carlos, *op. cit.*, p.178.

³⁰² CARVALHO, Luís Alfredo Vidal de. **Datamining**: a mineração de dados no *marketing*, medicina, economia, engenharia e administração. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2005. p.3.

³⁰³ Assim como a ferramenta pode ser utilizada para fins sociais, pode, também, atender a fins econômicos e comerciais distinguindo grupos e padrões de comportamento. Ronaldo Goldschmidt e Emmanuel Passos, em seu livro elencam formas de aplicação do *Data Mining*. Dão como exemplo o projeto que foi desenvolvido junto ao PRODERTJ – Órgão de Tecnologia e Informação do Estado do Rio de Janeiro – que teve como objetivo auxiliar no processo de reintegração, no estado, das pessoas de rua. Como, nos abrigos que acolhem pessoas de rua, são recolhidos diversos dados pessoais foi possível traçar um perfil próprio para cada tipo de programa de reintegração à sociedade. Assim, cada vez que um novo indivíduo é classificado já é integrado ao programa que historicamente é mais eficaz para seu perfil. Por outro lado, uma rede de *fast food* conseguiu identificar um padrão de compra de seus clientes, na qual, a maior parte dos que compravam determinado produto “A”, também levavam o produto “B”. Com isso, foi possível traçar novas estratégias de venda que fizeram aumentar o faturamento de ambos os produtos. (GOLDSCHMIDT, Ronaldo; PASSOS, Emmanuel. **Data Mining**: um guia prático. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.160).

outras classes sociais em outras cidades para que sejam traçadas estratégias focadas de *marketing* para atingir o público alvo e descoberta qual é a melhor forma de comunicação com o cliente para que a informação segmentada seja endereçada de acordo com seu perfil.

Vendas cruzadas podem ser realizadas com facilidade pois, sabendo o gosto do cliente, novos produtos podem ser oferecidos por área de interesse. A identificação de padrões de clientes mais voláteis pode ser feita, sendo determinante na oferta de práticas comerciais para mantê-los e fidelizá-los.³⁰⁴

Seu uso tem impacto não somente nas relações de consumo. Na medicina, por exemplo, é possível a criação e manutenção de grandes bancos de dados com informação sobre sintomas, resultados de exames, diagnósticos, tratamentos e curso das doenças para cada paciente. A mineração destes dados pode fornecer conhecimento novo, como, por exemplo, a relação entre algumas doenças e certos perfis profissionais, sócio-culturais, hábitos pessoais e local de moradia.³⁰⁵ O *Data Mining* poderá definir qual a oferta a ser dada para que o cliente não desista do negócio e feche com a concorrência.

As estratégias de *marketing*, portanto, estão diretamente vinculadas a uma prévia coleta de dados que, devidamente tratadas por instrumentos tecnológicos, trarão conhecimento para tomada de decisão.

Salta aos olhos o papel fundamental dos arquivos de consumo para organização e clareza dos rumos de uma empresa, seja ela industrial, podendo desenvolver um novo produto ou serviço a ser oferecido, seja ela do varejo, tendo que ofertar esses novos produtos e serviços para grupos de consumidores com afinidade e interesse pelos mesmos. Consoante a lição de Ana Paula Gamboji Carvalho,

³⁰⁴ Para se ter uma perspectiva melhor sobre o uso do *Data Mining*, em reportagem do *The New York Times*, em dezembro de 2005, a NSA, Agência Nacional de Segurança, admitiu que estavam passando os olhos em todas as comunicações internas nos EUA. Isso incluía conversas telefônicas, e-mails e o que mais seguisse por meios eletrônicos. O método empregado era o próprio *Data Mining*, isto é, tudo que entra no território dos EUA, passa pelos computadores do NSA que, com *softwares* especializados de reconhecimento de voz, procuram conjuntos específicos de palavras (REVISTA SUPERINTERESSANTE, v. 228, p.56, jul.2006).

³⁰⁵ CARVALHO, Luis Alfredo Vidal de, *op. cit.*, p.6-7.

*na sociedade de consumo, que tem como um de seus pilares a publicidade, os dados dos consumidores apresentam um elevado valor econômico, porque podem auxiliar os fornecedores a lançar campanhas de marketing e estratégias de vendas direcionadas, capazes de alcançar resultados muito mais efetivos.*³⁰⁶

O dado armazenado e trabalhado se transforma em informação pulsante para a sociedade de consumo, elevando o *status* dos arquivos de consumo a semideuses consoante a visão de Antônio Herman V. Benjamin

*no mundo em que vivemos é possível identificar quatro tipos básicos de poder: o econômico, o militar, o tecnológico e o da informação. Dos quatro, os arquivos de consumo ostentam três, ou seja, poder econômico, tecnológico e de informação.*³⁰⁷

Se por um lado, os arquivos de consumo auxiliam no desenvolvimento econômico, fazendo chegar aos consumidores produtos e serviços de acordo com as suas necessidades e preferências, por outro, surge uma preocupação sobre eventual manipulação e comercialização de dados, o que afronta diretamente o direito fundamental à privacidade.³⁰⁸ Antônio Herman V. Benjamin traça as linhas gerais dessa preocupação que deve ser traduzida juridicamente em mecanismos

³⁰⁶ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.89-90.

³⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p. 41.

³⁰⁸ Uma das práticas mais abusivas realizadas por meio de desvio de finalidade de um arquivo de consumo é a emissão e o envio de cartões de crédito sem solicitação. Tal procedimento é efetuado, muitas vezes, por bancos em que sequer foi mantido vínculo ou fornecido e autorizado a utilização de dados pessoais. Esta situação por si só afronta o direito à privacidade. Os Tribunais, nestes casos, ainda não se manifestam exclusivamente em razão da utilização indevidas dos dados pessoais. Todavia, a indenização, em caso de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito já é unânime, como segue: "CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REMESSA A CLIENTE DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. DEVOLUÇÃO. EXTRAVIO. UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS. INSCRIÇÃO RESTRITIVA EM ÓRGÃOS CADASTRAS DE CRÉDITO. DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA E RESPONSABILIDADE DO BANCO PELO ILÍCITO. INFRINGÊNCIA AO ART. 39, III, DO CDC. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIRMADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CONFIGURADA. JUROS DE MORA. CONDENAÇÃO EM SENTENÇA. PRECLUSÃO. CPC, ART. 530. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. I. O banco é parte legitimada passivamente e comete ato ilícito, previsto no art. 39, inciso III, da Lei n. 8.078/90, quando, fornecendo ao cliente cartão de crédito por ele não solicitado, dá-se ulterior extravio e indevida utilização por terceiros, gerando inadimplência fictícia e inscrição do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito, causadora de danos morais indenizáveis. [...] "(Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 514358 / MG. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 13.05.2004)

eficientes de prevenção e controle dos administradores dos arquivos de consumo. Para o jurista

os organismos privados ou públicos, que armazenam informações sobre os consumidores necessitam, assim, de controle rígido, seja administrativo, seja judicial. A acumulação de informações sobre o consumidor, por mais singelas que sejam, não deixa de ser uma invasão de sua privacidade. O perigo aumenta quando se sabe que algumas ou muitas dessas informações não são acuradas ou não estão atualizadas. Tudo isso sob o pano de fundo de que o intuito de sua guarda é passá-la adiante, às mãos de terceiros, mediante remuneração ou não.³⁰⁹

Esses abusos, que podem ocorrer no afã empresarial de galgar lucros, se contrapõem a uma postura ética e social que as empresas devem ter frente ao consumidor, enquanto ser sujeito de direitos e deveres. Transpõe desde o direito fundamental de privacidade, em face da proteção de seus dados pessoais, que já foi apresentado, até as normas previstas do CDC, as quais são fundamentadas por princípios constitucionais de ordem econômica, em razão do interesse de ordem pública, como assim verificará no próximo item.

3.2.2 Os Princípios da Legislação Consumerista e sua Relação com os Arquivos de Consumo

O CDC é caracterizado por seu caráter principiológico que o auxilia na consecução de seu objetivo maior, isto é, alcançar a harmonia, o equilíbrio das relações de consumo.

O CDC, em seu texto, prevê instrumentos inerentes à defesa e proteção dos consumidores, cerne de seus objetivos e, assim, o faz também em face dos arquivos de consumo. Quanto ao assunto muito bem expõe Antônio Carlos Efig

³⁰⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.328-329.

*a importância dada ao assunto não deve ser vista como um instrumento de repressão ao fornecedor, como uma forma de fazê-lo parecer o vilão das relações de consumo. Da mesma forma, não deve ser entendida como a tábua de salvação dos consumidores, ao tornar as listas cadastrais um sistema rígido para os fornecedores, tanto no lançamento das informações quanto na manutenção das mesmas e possível necessidade de reparação dos erros.*³¹⁰

Os princípios da vulnerabilidade, da informação, da garantia de adequação, do dever governamental, do acesso à justiça e da boa-fé devem, portanto, permear todo o rol de artigos que o contém, incluso o artigo 43 do CDC, o qual refere-se aos arquivos de consumo. A análise desses princípios em face dos arquivos de consumo auxiliará na condução do presente estudo e no entendimento de seu funcionamento como medida de proteção aos direitos fundamentais dos consumidores.

Primeiramente, quanto ao princípio da vulnerabilidade, vale dizer que quem oferece e coloca à disposição do mercado os produtos e serviços é o fornecedor, o que o torna senhor das decisões, isto é, qual será o seu custo, quantas cores serão disponibilizadas, qual é o prazo de validade e resistência, entre outros. Essa relação de dependência gera uma submissão, a qual fundamenta uma tutela específica ao consumidor. Desta feita, a vulnerabilidade dos consumidores frente aos arquivistas é iminente posto que detentores da informação podem livremente delas dispor para atingir seus fins comerciais.

Quanto ao acesso à informação, este é diretamente proporcional às chances de efetiva defesa e proteção dos interesses do consumidor. A educação aliada à informação fazem diminuir o desequilíbrio das relações de consumo. Por isso, o papel fundamental do princípio da informação.

Diante dos arquivos de consumo, tal princípio tem importância ainda maior em virtude de serem “fontes precípuas de informações”, normatizando “não somente a responsabilidade do fornecedor na divulgação destas informações, mas também

³¹⁰ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.87.

*os direitos do consumidor em obtê-las, e mais, encontrá-las sem disparidades com a realidade”.*³¹¹

O momento informatizado atual redimensiona esse princípio, dando ênfase a sua relevância, sobretudo quanto ao armazenamento e o manuseio das informações pessoais, tão facilmente acessíveis e susceptíveis de exposição.

O princípio da garantia de adequação, por sua vez, *“assevera que o fornecedor deverá ser o protagonista para a efetivação da adequação dos produtos e serviços à demanda, legalmente constituída, pela saúde, segurança, qualidade de vida, e demais bens jurídicos afetos aos consumidores”.*³¹²

Essa adequação, nos dias atuais, refere-se não somente ao atendimento das especificações do produto ou serviço. Ela vai além. Os fornecedores devem estar atentos à satisfação do cliente, isto é, a concorrência de mercado cria a necessidade de se ter um diferencial, que usualmente está diretamente relacionado com o bem-estar e a satisfação do cliente. O que se busca é a sua lealdade e a sua fidelização como forma de mantê-lo em sua carteira de clientes por muito tempo, tornando-o incorruptível por outras marcas ou modelos.

A coleta e o armazenamento de informações da clientela por meio de bancos de dados e cadastros de consumidores deve estar, assim, afinada com esse princípio de modo a evitar que bens jurídicos, como a privacidade, sejam afetados.

Ao ser elevado à garantia constitucional e princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor gerou um dever ao Estado como ente incansável na busca da efetividade de tal direito.

Quanto aos arquivos de consumo e o princípio do dever governamental, Antônio Carlos Efig alerta para a insuficiência da tutela do CDC,

³¹¹ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.90.

³¹² *Idem. Ibidem*, p.92.

*deixando a desejar a garantia de adequação da prestação destes serviços pela falta de um controle administrativo efetivo (preventivo e repressivo) atuando sobre órgãos de divulgação de informações e, inclusive, de uma normatização específica sobre a forma de coleta e armazenamento destes dados, talvez restringindo as informações ou sua divulgação, como ocorre em alguns países.*³¹³

A efetividade da proteção aos consumidores somente será assegurada se houver instrumentos processuais adequados e de fácil acesso. O princípio do acesso à justiça busca assegurar esses meios processuais, que dentro do contexto do CDC, ainda foram acrescentados por ferramentas como a vulnerabilidade, a inversão do ônus da prova, a impossibilidade de intervenção de terceiros em ações de consumo, a responsabilidade objetiva mitigada do fornecedor, antecipação de tutela, entre outros. Isso assegura que o objetivo maior do CDC, isto é, o equilíbrio das forças das relações de consumo, esteja presente até mesmo no momento de um litígio.

Aos arquivos de consumo é garantido o acesso à justiça principalmente quando o consumidor tiver qualquer dano referente à coleta, ao armazenado e à exposição de seus dados pessoais, restando assegurada a possibilidade de buscar o Poder Judiciário para solucionar a lide. O *habeas data*, como já exposto, é uma das ferramentas a serem utilizadas, para acessar, retificar e contestar dados constantes em arquivos de consumo.

Por fim, mas não menos importante, o princípio da boa-fé é um dos princípios que norteiam a Política Nacional de Relações de Consumo e objetiva a forma como todos os atos humanos deveriam ser praticados, trata-se de “*regra ínsita aos próprios valores éticos e morais da sociedade*”.³¹⁴

Por essa razão, merece reconhecido destaque e um suficiente aprofundamento em sua essência para se demonstrar a comunicação que se permite realizar entre os arquivos de consumo e a proteção de dados pessoais de

³¹³ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.93.

³¹⁴ *Idem. Ibidem*, p.94.

forma a dar mais garantias de efetividade ao respeito e à dignidade da pessoa humana.

3.2.3 O Princípio da Boa-fé Objetiva como Abertura para uma Interpretação Extensiva do CDC à Proteção dos Dados Pessoais

A introdução de uma nova postura metodológica vem sendo estruturada em razão da crescente consciência da insuficiência de um sistema jurídico fechado e abstrato, decorrente de uma cultura liberal oitocentista, pois a segurança jurídica advinha de uma lógica matemática cartesiana. Refletida no Direito, traduziu-se em um positivismo conceitualista, em que institutos e estruturas tinham que se adaptar às normas, e não as normas aos fatos sociais concretos. Uma eventual complexidade do sistema era ignorada.

De acordo com Gustavo Tepedino, quando se remete ao caso brasileiro, a introdução de uma nova leitura metodológica

*parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência tem reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil.*³¹⁵

O terreno fértil para essa nova visão se dá por meio do enfoque civil-constitucional quando este posiciona a pessoa humana como centro irradiador do Direito Privado. A denominada constitucionalização do Direito Privado retira o aspecto patrimonial das relações jurídico-privadas e suscita a chamada

³¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição**, *op. cit.*, p.12.

repersonalização do direito civil, haja vista que a Constituição traz como marco axiológico a dignidade da pessoa humana.³¹⁶

Esse enfoque civil-constitucional pretende reunificar o sistema, em termos interpretativos, o que compreende uma releitura de conceitos clássicos. É a partir dessa constatação de que, antigos princípios e conceitos já não são mais adequados para representar fatos concretos da vida social, que José Carlos Moreira da Silva Filho considera a boa-fé objetiva, no direito contratual, filha de uma nova matriz histórica

*revelando conceitos e aspectos que transcendem em larga medida os parâmetros conceituais e hermenêuticos associados às tradicionais teses deste campo do Direito Civil, apresentando-se como um conceito que incorpora e impulsiona uma nova concepção de Direito, onde a hermenêutica jurídica deixa de ser uma ferramenta acessória e passa a alojar-se na definição do próprio ser do Direito.*³¹⁷

O pano de fundo para o renascimento ou a revitalização desse princípio dentro do Direito Privado, se sustenta nas transformações experimentadas pela autonomia privada, seu princípio nuclear e pela relação jurídica obrigacional.

³¹⁶ José Carlos Moreira da Silva Filho lembra que, no Brasil, ainda há uma tendência de fundamentar a boa-fé por meio de um questionamento interno de conceitos clássicos que encontram, dentro da própria codificação, cláusulas gerais que fundamentam a aplicação da boa-fé objetiva por meio de uma abertura no sistema. Entretanto, apresenta razões pelas quais esse modelo codificado representa um retrocesso. São três as razões: A primeira, diz respeito às insuficiências do novo Código civil, comparativamente ao anterior, como, por exemplo, a ausência de previsão da responsabilidade pré e pós-negocial, Em segundo plano, a crítica se dirige ao próprio modelo codicista que vai contra a tendência de especialização dos estatutos. Por fim, tem-se a insuficiência da previsão de cláusulas gerais que garanta a efetiva aplicação de princípios como o da boa-fé (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.244-247).

³¹⁷ *Idem. Ibidem*, p.158.

Se no liberalismo oitocentista, a vontade declarada prevalecia sobre a vontade interna, novos contornos sociais vão redesenhar a autonomia da vontade que passa a ser limitada por valores como a boa-fé e a eqüidade.³¹⁸

A autonomia da vontade passa a não ser a única fonte da obrigação, sendo a lei dotada de eficácia para proteger interesses sociais relevantes, o que aponta segundo Cláudia Lima Marques, para uma “*socialização da teoria contratual*”³¹⁹. O papel do “*Outro*” se avulta³²⁰ e o equilíbrio de forças deve ser mantido sobre critérios de confiança. Nasce, assim, uma teoria contratual funcionalizada.³²¹

Outro conceito que se apresenta deficiente em razão da atual sociedade massificada é o conceito de relação jurídica, moldado em sua clássica composição: dois sujeitos polarizados, um vínculo jurídico e um objeto³²². Essa nova realidade

³¹⁸ José Carlos Moreira da Silva Filho assim expõe: “A boa-fé objetiva, portanto, estabelece a imperiosidade da proteção à confiança da parte no necessário comportamento da outra para que haja o cumprimento digno e adequado daquilo que foi pactuado. A incidência deste princípio nas relações obrigacionais, portanto, significa um limite à autonomia da vontade declarada e que desemboca na obrigação principal, mas também em consonância com deveres objetivos, que, como aponta o próprio nome, independem da vontade declarada, constituindo um elemento essencial” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.174).

³¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.211.

³²⁰ Expressão utilizada por José Carlos Moreira da Silva Filho para destacar a vulnerabilidade das partes. Cabe ainda que muitos autores, para não se confundirem, “preferem reportar-se atualmente ao *princípio da autonomia privada*, deixando a expressão *autonomia da vontade* para fazer menção a um conceito hoje ultrapassado” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.177).

³²¹ Para José Carlos Moreira da Silva Filho, esta funcionalização do Direito Civil se traduz em uma nova racionalidade jurídica desenhada por uma nova concepção hermenêutica ora obstada “pela manutenção de uma estrutura lógico-racional ultrapassada, onde o pensamento dedutivo-conceitual, brindado pelo enfoque positivista prevalecente, reserva para os princípios e normas constitucionais um papel menos efetivo e mais retórico” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.182).

³²² José Carlos Moreira da Silva Filho enumera três grandes deficiências: a simplificação, a paralisação e a despersonalização. A simplificação se caracteriza à medida que as relações jurídicas vão se tornando mais complexas, quando, por exemplo, terceiros estranhos à relação passam a integrá-la em razão de determinados deveres especiais de proteção no desenrolar da relação contratual. Essa simplificação em razão da complexidade das relações sociais pode ser visualizada em todos os seus elementos: no tocante aos sujeitos que compõem a relação, quanto ao vínculo que une as partes na relação obrigacional e quanto ao objeto que não estão mais adstritos na prestação principal, mas sim a um rol de deveres que gravitam ao seu redor. A paralisação é identificada pela forma estática da relação jurídica clássica o que não mais se adequa, posto que há uma vinculação pré e pós contratual. Por fim, a deficiência está contida na despersonalização da relação jurídica à medida que não são levadas em consideração suas concretas diferenças e vicissitudes (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.186 et seq.).

jurídica demonstra a obrigação como uma relação complexa, que não pode ser ignorada.³²³

A noção de relação complexa está diretamente vinculada à idéia de processo, ou seja, “o que dá sentido ao conjunto dos elementos que compõem a relação obrigacional é o fim a que ela se destina”.³²⁴ Essa finalidade deve ser visualizada dentro de uma situação concreta, a partir do que as partes almejam na realização do contrato.

A boa-fé é alçada a condição de parâmetro para esta averiguação considerando a confiança depositada pelas partes na concreção da finalidade proposta. Consoante lição de José Carlos Moreira da Silva Filho

*A boa-fé é chamada a atuar não apenas na avaliação das circunstâncias que concretizam as cláusulas no contrato, mas também como verdadeira fonte de deveres que não encontram eco na expressão literal da lei ou na vontade.*³²⁵

Trata-se de novo paradigma das relações de consumo, que tem uma dupla função na formação e na execução das obrigações, como fonte de novos deveres especiais de conduta e como limite ao exercício de posições jurídicas.³²⁶

³²³ José Carlos Moreira da Silva Filho retrata tal indiferença no esforço de aprisionar a obrigação em conceitos, como o “leito de Procusto”. Segundo conta, Procusto, na mitologia grega, “era um salteador sanguinário que, instalado em meio às estradas, persuadia os viajantes cansados a ali pernoitarem. O leito a eles destinado, porém, nunca era do tamanho exato dos seus ocupantes”. Desta feita, o viajante de estatura baixa era deitado em uma cama maior que a sua estatura e o viajante alto em uma cama menor. O destino dado a ambos era a morte, pois Procusto esticava o corpo dos mais baixos até preencherem totalmente o leito e cortava as partes do corpo dos altos que ficassem para fora do leito (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.196).

³²⁴ Quem introduziu, primeiramente, na doutrina brasileira a noção da obrigação como processo foi Clóvis do Couto e Silva, em sua obra, *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.197).

³²⁵ O autor, apoiado em Mota Pinto, apresenta os sete elementos dessa relação jurídica complexa que interagem entre si com vistas à finalidade que fundamenta a relação. São eles: deveres de prestação, deveres secundários, deveres laterais, direitos potestativos ou formativos, as sujeições aos direitos potestativos, as exceções materiais e os ônus jurídicos e as expectativas. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.201).

³²⁶ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.206.

A boa-fé como regra de conduta pode ser descrita pelos deveres de comportamento que gera com base na confiança estabelecida na relação. São os denominados deveres laterais e são doutrinariamente distribuídos em deveres de proteção, pelo qual as partes devem evitar causar danos entre si; deveres de lealdade e cooperação, em que as partes não podem assumir uma conduta que seja contraditória à própria finalidade contratual e em deveres de esclarecimento e informação.

Esses deveres como incorporação do princípio da boa-fé fixam um novo olhar sobre as relações obrigacionais, isto quer dizer que se anteriormente a relação era vista estaticamente, hoje ela é dinâmica, contínua, permitindo observar que as relações contratuais *“durante toda a sua existência (fase da execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (de pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal”*.³²⁷

Essa característica traz à tona a necessidade de reformulação da categoria contratual, inspirada no conceito de contato social, *“um contato na sociedade que une, vincula pessoas, contato onde não se pode esquecer ou desrespeitar os deveres gerais de conduta, os deveres de atuação conforme a boa-fé e conforme o direito”*.³²⁸

Esses deveres de conduta estão presentes e obrigam a todos, todos os dias, quer seja nas relações contratuais ou extracontratuais a que a vida diária de cada cidadão se sujeita.

A ambivalência dos deveres de conduta, a prevalência a existir em relações duradouras, muito características nas relações de consumo, e a reparação em casos de violação (violação positiva do contrato) são características próprias desses deveres. José Carlos Moreira da Silva Filho ainda retrata, uma última característica muito importante, isto é, o caráter de indeterminação prévia sobre quais sejam os deveres laterais vinculados à relação obrigacional *“isto porque tal definição*

³²⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.218.

³²⁸ *Idem. Ibidem*, p.218.

dependerá do contexto específico no qual as partes se vejam envolvidas no fluir do vínculo”.³²⁹

Ruy Rosado de Aguiar Junior enfatiza, de igual maneira, tal característica, trazendo a importância do papel criativo do juiz, o qual construirá caso a caso, o conteúdo da norma de dever. Consoante as palavras do jurista

*Sua aplicação depende de uma técnica judicial apropriada, que na se limita ao simples trabalho de subsunção do fato à norma, ordinariamente adotado no ato de julgar (verificação do fato e da lei vigente que o regula), mas exige do juiz um procedimento especial, que passa pelo trabalho preliminar de definir a regra de conduta que – de acordo com a boa-fé (isso é, de acordo com o princípio ético-jurídico de lealdade e confiança, inerente ao sistema) – deveria ter sido obedecida pelas partes, nas circunstâncias do caso.*³³⁰

O princípio da boa-fé é, portanto, um elemento criador de deveres de conduta e um princípio que impõe limite ao exercício de posições jurídicas, que está diretamente ligado ao abuso que pode ocorrer a partir da disfuncionalidade de “comportamento jus-subjetivos”, ou seja, uma disfunção decorrente do contraste entre os comportamentos considerados funcionais pelo sistema jurídico (e não apenas a partir de cada norma ou direito que dela derive) e aquele adotado.³³¹

A boa-fé significa, portanto, nas palavras de Cláudia Lima Marques

³²⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.228.

³³⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução**. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 248

³³¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.230-242. Traduz-se no “critério precípua a determinar esta disfuncionalidade, o que o fará através de seus dois vetores básicos: a confiança e a materialidade”. Conexo ao tema do abuso de direito está o da alteração das circunstâncias na relação contratual que podem acarretar a resolução ou revisão do contrato. Ruy Rosado de Aguiar Junior bem leciona acerca do abuso da posição jurídica como causa de extinção de contratos face o princípio da boa-fé: “Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de, *op. cit.*, p. 254).

*uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.*³³²

A defesa do consumidor está dentro das relações jurídicas próprias do Direito Privado, entretanto, em sua especificidade, foi vanguardista quanto à funcionalidade de seus institutos. O CDC tutela funcionalmente o consumidor, com vistas à redução de sua situação de vulnerabilidade.³³³

Os arquivos de consumo estão, por conseguinte, sob o manto dos princípios da equidade e da boa-fé e impõem um compromisso de conduta que se inicia no momento da coleta da informação e no seu armazenamento, perpetuando-se até o momento de sua utilização ou divulgação. Desta feita, os arquivistas e gestores dos bancos de dados e cadastros de consumidores devem estar atentos, em virtude de eventual responsabilização em caso de descumprimento deste princípio.

A contextualização desse princípio, nos arquivos de consumo, permite identificar uma comunicação com os princípios emanados na proteção de dados pessoais, principalmente o atinente à finalidade. Essa proposta de uma interpretação de caráter expansivo da normativa do CDC aos princípios estabelecidos pela proteção de dados pessoais é condizente com o valor da autodeterminação da esfera privada que pretende se assegurar e a conseguinte concretização do direito à privacidade nas relações de consumo.

³³² MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.216.

³³³ Gustavo Tepedino esclarece a questão quando trata das relações de consumo: “A vigência do Código do Consumidor, a este propósito, tem sido fecunda: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de direito delineado pelo constituinte” (TEPEDINO, Gustavo. **O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição**, *op. cit.*, p.12).

Nesse sentido, a aplicação do princípio da finalidade deverá ser aplicado por meio do princípio da boa-fé objetiva e da própria garantia constitucional da privacidade, de forma a permear todo o enredo de garantias e direitos estabelecidos na seção do CDC que trata dos bancos de dados e cadastros de consumidores e que irá ser retratada em item próprio. Tal princípio será tratado como uma das limitações jurídicas impostas à atuação dos arquivos de consumo, inserindo o direito à proteção de dados pessoais dentro do microssistema consumerista.

Desta forma, os dados contidos em qualquer espécie dos arquivos de consumo deverão ser utilizados para os fins que motivaram a sua coleta, bem como persegui-lo em todo o ciclo de armazenamento, conservação, utilização e, em eventual, transferência.

A observância desse princípio que é norteador da proteção dos dados pessoais, *“pode servir como fundamentação para o reconhecimento de um princípio de vedação da coleta de dados sensíveis e da comercialização de bancos de dados de consumidores”*³³⁴, prevenindo o que há de mais temido nos cadastros de consumidores, sua exploração comercial e a conseqüente exposição de suas características pessoais, hábitos e gostos de forma descontrolada.

A principiologia analisada é, portanto, o norte das relações de consumo, incluso a figura dos arquivos de consumo. Mister se faz compreender quem faz parte dessas relações e qual é a abrangência da proteção conferida pelo CDC aos arquivos de consumo.

3.2.4 Abrangência de Aplicação da Legislação Consumerista nos Arquivos de Consumo

A tarefa de definir a quem as normas do CDC são dirigidas não é tão simples quanto se parece em um primeiro olhar. É objeto de diversos artigos acadêmicos e substrato de muitas decisões à medida que somente aqueles que

³³⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, *op. cit.*, p.339.

foram identificados como partícipes da relação de consumo terão o manto protetor do CDC.

O CDC possui uma característica importantíssima na trajetória deste estudo, posto que não se restringe somente a contemplar como beneficiários da norma consumerista os consumidores que estabelecem uma relação contratual com o fornecedor. Ao contrário, ampliam essa proteção às relações extracontratuais o que o faz

*um dos mais modernos diplomas legais em nível mundial, que pretende funcionar como norteador da busca pelo equilíbrio das relações de consumo, mudando os conceitos anteriores que se preocupavam exclusivamente com o momento da contratação e, uma vez confirmada esta, afastavam-se da órbita de alcance dos envolvidos, deixando-os com respaldo limitado para a efetivação de seus interesses.*³³⁵

Desta feita, os conceitos de destinatário das normas estão contidos nos artigos 2º. e 3º. que trazem os conceitos básicos de consumidor e fornecedor, no parágrafo único do artigo 2º., equiparando o consumidor contratualmente; no artigo 17, equiparando todas as vítimas de acidente de consumo a consumidor, e, no artigo 29, equiparando a consumidor todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas do Capítulo V e VI, os quais tratam das Práticas Comerciais e Proteção Contratual.

Este último dispositivo é de fundamental importância para o entendimento de quem compõem as relações jurídicas que compreendem os bancos de dados e cadastros de consumidores, posto que a seção que os disciplina está inserida dentro do capítulo que recebe sua disciplina.

O conceito básico de consumidor está estabelecido no artigo 2º. do CDC, quando determina que consumidor “é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Dessa conceituação depreende-se

³³⁵ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.105.

três elementos que caracterizam a proteção, quais sejam: o subjetivo (pessoa física ou jurídica), o objetivo (que adquire ou que, mesmo não tendo adquirido, utiliza produto ou serviço) e o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição do bem ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final.

É exatamente em torno do sentido dessa última expressão que as divergências doutrinárias atuam. A partir da consideração de que destinatário final é aquele que retira o bem do mercado é questionado se aquele que adquire para uso profissional ou como elemento da cadeia produtiva também é considerado consumidor. Posicionamentos diversos enfrentam o tema. Assim, de um lado está a teoria finalista, de outro a maximalista.

Para os maximalistas o que deve ser regulado pelo CDC são as relações advindas da sociedade de consumo. Assim, *“definição do art. 2º. deve ser interpretada o mais extensamente possível segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado”*.³³⁶

Já para os finalistas, a definição de consumidor deve ser interpretada restritamente, considerando que merecem a proteção somente aqueles que são efetivamente vulneráveis na transação. Assim, Cláudia Lima Marques define que

*Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência é necessário ser o destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção [...].*³³⁷

³³⁶ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.305.

³³⁷ *Idem. Ibidem*, p.304.

Com efeito, não estão compreendidos, nessa definição, pessoas físicas ou jurídicas que adquirirem produtos e serviços que comporão novamente um preço de um novo produto ou serviço a ser disponibilizado no mercado.

O CDC ainda traz em seu bojo, não somente a figura tradicional do consumidor, ele amplia essa definição para a figura do consumidor equiparado, tanto contratualmente (artigo 2º., parágrafo único) como extracontratualmente (artigos 17 e 29). Essas figuras alargam a definição de consumidor *stricto sensu*, porém, não de forma a deturpar a finalidade a que o CDC se propõe, quer seja, o restabelecimento da igualdade das partes nas relações de consumo, superando a vulnerabilidade³³⁸ constatada dos consumidores em geral.

O parágrafo único do artigo 2º.³³⁹ é uma extensão da norma em geral, tem por finalidade “*conferir à universalidade ou grupo de consumidores os devidos instrumentos jurídico-processuais para que possam obter a justa e mais completa possível reparação dos responsáveis [...]*”.³⁴⁰ Como norma genérica será aplicada na interpretação de toda a extensão do CDC. Desta maneira, a proteção do terceiro, denominada *bystander*, está assegurada por equiparação.

³³⁸ Para Cláudia Lima Marques há quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A vulnerabilidade técnica, em que o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto ou serviço que está adquirindo, é presumida pelo CDC para o consumidor não profissional, “mas também pode atingir o profissional destinatário final fático do bem”. A vulnerabilidade jurídica ou científica, definida como a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de economia e contabilidade, também é presumida pelo CDC para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Contudo, para pessoa jurídica vale a presunção em contrário. A vulnerabilidade fática ou sócioeconômica está relacionada com a superioridade do parceiro contratual que perfectibiliza a relação. Para esses casos, “a chave da justiça na aplicação do CDC é justamente o exame detalhado e profundo da noção de vulnerabilidade, *in abstracto* e *in concreto*”. Para esses casos, o sistema do CDC presume para o consumidor não-profissional, mas não presume para o profissional, nem para a pessoa jurídica. Por fim, a vulnerabilidade informacional é decorrente da sociedade atual, na qual a informação é poder e a falta desta “representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro”. A presunção da vulnerabilidade informacional significa “impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade” (MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.320-335).

³³⁹ Artigo 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

³⁴⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p.33.

Complementa essa proteção o disposto no artigo 17³⁴¹, todavia, tal tutela faz referência somente à seção de responsabilidade pelo fato do produto e serviço (artigos 12 a 16), os denominados acidentes de consumo. Desta forma, qualquer pessoa que venha a sofrer um dano, mesmo que não tenha havido qualquer relação contratual anterior com determinado fornecedor, está protegida pelo CDC. Diversos são os casos em que, por exemplo, um membro da família que come alimento estragado, mesmo não tendo sido o comprador efetivo invoca as normas do CDC referentes aos acidentes de consumo para ser ressarcido de eventuais danos.

O artigo 29³⁴², por fim, também amplia os destinatários da norma jurídica ao equiparar a consumidor as pessoas expostas às Práticas Comerciais, descritas no Capítulo V do CDC, na qual se incluem os bancos de dados e cadastros de consumidores bem como a proteção contratual, disciplinada no capítulo posterior. Com efeito,

*mesmo não sendo 'consumidores stricto sensu', poderão utilizar as normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.*³⁴³

Essa equiparação está fundamentada no princípio contido no artigo 4º, VI do CDC, que coíbe e repreende todos os abusos praticados no mercado de consumo, desde que possam causar prejuízos aos consumidores.

A exigência de uma contratação prévia apenas inviabilizaria a tutela a que o CDC se propõe. Como se daria tal proteção nos casos de publicidade enganosa, na qual uma enormidade incalculável de pessoas está sujeita simplesmente pelo fato de ela existir e estar em circulação? Quanto ao objeto específico do presente estudo, como estariam protegidas as pessoas que diariamente fornecem seus dados

³⁴¹ Artigo 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

³⁴² Artigo 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

³⁴³ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.360.

para obtenção de informações que muitas vezes nem sabe ao certo onde estão sendo armazenados ou muitos menos por onde estão circulam e nas mãos de quem?

Inserido nesse contexto extracontratual está a essência da confiança e da proteção mútua de um contexto social significativo e dinâmico. De acordo com Leonardo Roscoe Bessa, o que se sobressai nessa incidência independentemente da existência de vínculo contratual anterior entre as partes é o “*caráter preventivo da proteção*” em razão da “*criação de deveres jurídicos que objetivam principalmente evitar lesão a valores (a honra, a privacidade, a boa-fé, transparência, etc) que não possuem uma equivalência pecuniária direta*”.³⁴⁴

Cláudia Lima Marques considera o artigo 29 um “*poderoso instrumento*” concedido pelo legislador às pessoas expostas às práticas comerciais abusivas para “*harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores-finais*”.³⁴⁵

Desta forma, a definição de consumidor se amplia de tal maneira que supre a discussão sobre os contornos do que seria efetivamente o destinatário final. Com esse instrumento, o judiciário pode, a partir da análise do caso concreto, decidir se a legislação consumerista se aplica ao fato. Basta, para tanto, que haja razoabilidade na decisão,

*privilegiando realmente aqueles consumidores-equiparados que se encontram em fática situação de vulnerabilidade e assegurando para os consumidores stricto sensu eficaz equilíbrio e boa-fé nas suas relações contratuais.*³⁴⁶

³⁴⁴ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.170.

³⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.364.

³⁴⁶ *Idem. Ibidem*, p.363.

A vulnerabilidade, pois, não deve ser deixada de lado, deve sim ser pré-requisito lógico da interpretação do artigo 29 e estar presente na avaliação de casos concretos que buscarão a sombra do referido artigo.

Nos arquivos de consumo é fácil a constatação da vulnerabilidade de qualquer pessoa que, potencialmente, tem seus dados pessoais, muitas vezes, compulsoriamente coletados e armazenados em bancos e cadastros de consumidores altamente organizados, de fácil acesso e utilização para fins diversos. A questão, conforme afirma Leonardo Roscoe Bessa

*não se coloca tanto em termos de superioridade econômica ou técnica de uma das partes, mas reside especialmente na utilização de meios automatizados com enorme potencialidade ofensiva a direitos de personalidade.*³⁴⁷

Deste modo, a simples potencialidade de um direito de personalidade, que por sua extrapatrimonialidade não tem equiparação possível em valores, quando de uma reparação, já caracteriza a vulnerabilidade de uma pessoa face aos arquivos de consumo.³⁴⁸

Essa ampliação do conceito de consumidor se traduz na possibilidade de sua flexibilização, isto é, dá mais dinamicidade a esse conceito que poderá enquadrar e garantir os direitos de consumidor a pessoas sujeitas às práticas de mercado, tão mutantes e tantas vezes sagazes em sua busca pelo cliente. A flexibilização do conceito de consumidor para superar a visão atual do consumidor como mero agente econômico e a imposição de uma visão social do consumidor, como pessoa, como sujeito de direitos do século XXI é defendida na Europa³⁴⁹ e traduz a dignidade da pessoa humana como inerente ao consumidor e se põe presente em todas as suas relações sejam contratuais ou extracontratuais. Nesse

³⁴⁷ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.173.

³⁴⁸ Não se excluem dessa proteção as pessoas jurídicas, porém deve ser analisado o caso concreto e suas variáveis. Muitas vezes o simples fato de possuir um CNPJ não causa um apoderamento da pessoa jurídica de forma a ter um conhecimento técnico, jurídico e econômico de todas as situações em que interage diariamente.

³⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.364.

contexto devem ser analisadas e inseridas as relações inerentes aos arquivos de consumo.³⁵⁰

Se por um lado, temos a figura de consumidor, no outro pólo da relação de consumo está o fornecedor. Sua definição está contida no artigo 3º. e é tão ampla quanto à definição de consumidor pois trata de *“toda a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”*.

Seu critério caracterizador, como leciona Cláudia Lima Marques é

*desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação a distribuição de produtos.*³⁵¹

Outro caracterizador é a remuneração, contudo, nem sempre esse critério definirá a profissionalidade do prestador de serviços. Por isso, a importância da conjugação desses critérios, posto que, nem sempre, o enquadramento de uma pessoa como consumidora é determinante para a incidência das normas do CDC.³⁵²

Disso surge a necessidade de serem excluídas do manto do CDC as relações entre dois consumidores, visto que ao criar direito aos consumidores, cria deveres

³⁵⁰ Antônio Carlos Efig entende ainda, que o indivíduo arquivado é considerado como destinatário final da informação divulgada pelo arquivo de consumo, o que se enquadraria diretamente no *caput* do artigo 2º. que traz o conceito básico de consumidor. Entende haver uma inversão das atribuições dos pólos da relação de consumo. De um lado, o fornecedor primário, ou seja, aquele que fornece a informação e o fornecedor direto, isto é, aquele que se utiliza da informação e de outro lado, o arquivado que o verdadeiro destinatário final da informação, posto que “esta tem o poder de afetação direta da sua esfera de atuação. Seja a informação verdadeira ou não, benéfica ou não, é o seu interesse final que ela virá atingir” (EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.112-113).

³⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.393.

³⁵² Identifica-se tal situação quando, em negociação entre amigos, enquadra-se um deles como consumidor, por ser destinatário fático e econômico de determinado produto, e o outro que potencialmente seria o fornecedor não o é, por não ser profissional, portanto, não ser fornecedor.

para os fornecedores, muitos deles inviáveis para o cumprimento por parte de um consumidor.

Ressalta-se a amplitude que o CDC trouxe a essa definição, pois tanto pode ser estabelecida por meio de vínculo contratual, como também por determinação legal³⁵³. Isso quer dizer que, em determinadas situações fáticas, os elementos caracterizadores do fornecedor são dispensáveis, como é o dos bancos de dados de proteção ao crédito.³⁵⁴

Entretanto, no caso dos cadastros de consumidores, isso também ocorre, principalmente, nos casos em que há o repasse indevido dessas informações a terceiros e que eventualmente causem dano ao consumidor. A essas situações nas quais são prescindidos os elementos que identificam a figura do fornecedor, Leonardo Roscoe Bessa denominou de fornecedor-equiparado, em contraposição ao que a doutrina já havia denominado de consumidor-equiparado.

Por fim, identificadas as partes que compõem as relações jurídicas decorrentes dos arquivos de consumo, bem como os princípios que nortearão tal comportamento, é que se passa a analisar a normativa traçada pelo CDC, mais precisamente os limites jurídicos que legitimam e determinam a sua condução e o seu funcionamento regular. Tal análise será feita com intuito de alcançar o equilíbrio de forças entre os pólos da relação, dentro da perspectiva funcionalizada da tutela do consumidor, a qual *“não pode ser estudada senão como um momento particular existencial de uma tutela mais ampla: a da personalidade”*.³⁵⁵

O foco da análise estará na efetividade da proteção dada ao tratamento de dados pessoais, objeto dos arquivos de consumo, dentro da disciplina consumerista, de forma a compatibilizá-lo com o direito à autodeterminação da esfera privada, atributo contido na personalidade de todos os seres humanos.

³⁵³ Isto ocorre no artigo 18 do CDC quando estabelece a responsabilidade solidária entre fabricante e comerciante, por exemplo, em caso de vício de produto adquirido.

³⁵⁴ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.169.

³⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de direito civil-constitucional**, *op. cit.*, p. 290.

3.3 LIMITAÇÕES JURÍDICAS À ATUAÇÃO DOS ARQUIVOS DE CONSUMO

A facilidade no manuseio de informações cadastrais e do histórico de consumo influencia nos destinos de cada consumidor à medida que, com a multiplicação de cadastros com suas informações pessoais, o faz perder o controle sobre como, quando e onde estão seus antecedentes e por quem são utilizados. A considerar que muitas vezes, tais cadastros não estão atualizados e outras tantas, os dados constantes estão equivocados. Quem nunca recebeu uma correspondência com dados incorretos que posteriormente se repetem em malas diretas de outros fornecedores?

Isso denota um fundo pelo qual nem é bom pensar, qual seja, a comercialização ou mesmo o simples repasse às mãos de terceiros dessas informações, gerando uma potencialidade de danos incrível.

O artigo 43 do CDC conforme já exposto tem o condão de regulamentar a coleta, o armazenamento e o uso das informações sobre o consumidor de forma a impor as entidades que os controlam “*responsabilidades proporcionais aos valores constitucionais com os quais têm interface*”.³⁵⁶

O objeto de proteção retratado, nos termos do artigo 43, *caput*, são as informações existentes em “*cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo*”. O legislador procurou exemplificar todas as formas conhecidas de armazenamento de dados, de forma a abranger todos as variáveis possíveis, seja em todas as suas modalidades de armazenamento, pública ou privada, automatizados ou não, simples ou complexas, de uso pessoal do arquivista ou para uso de terceiros, setoriais ou mais abrangentes.³⁵⁷

Importante notar que dentro dessa definição dos arquivos de consumo estão contidas desde os bancos de dados de proteção ao crédito mais conhecidos, como o SPC e SERASA, até as listagens para mala direta, tão imprescindíveis para o

³⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.409.

³⁵⁷ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.93.

desenvolvimento e efetividade do *marketing* nas empresas posto que a proteção tem por escopo a transmissão da informação, que pode ser potencial ou efetiva, basta “a possibilidade de ser transmitidas a terceiros”.³⁵⁸

Vale assim, um controle rígido dos organismos que administram bancos e cadastros de consumidores, posto que “a acumulação de dados sobre o consumidor, por mais singela e útil que seja, não deixa de ser uma invasão de privacidade”.³⁵⁹

Para legitimar a conduta dos arquivos de consumo de forma a se eximir de qualquer responsabilidade civil, penal ou administrativa, é necessário observar algumas limitações que, ora estão apoiados em normas expressas da legislação consumerista (como é o caso do artigo 43) ora em princípios que norteiam suas relações. Por serem de inspiração constitucional, Antônio Herman V. Benjamin deixa claro que sua obediência é cumulativa.³⁶⁰

A eficácia de tais limites deve ser obtida pela plena proteção de dados pessoais do consumidor, isto é, o direito de ter conhecimento sobre a coleta, o arquivamento e o uso de informações suas por terceiros, bem como o conseqüente controle que permitirá pronta disposição em consentir, suspender ou bloquear seu uso.

3.3.1 Garantia de Acesso às Informações pelo Consumidor

Essa garantia está diretamente vinculada à preocupação legislativa em assegurar o controle e a disposição das informações pessoais por parte do consumidor. Esse direito está assegurado no próprio *caput* do artigo em comento, em razão de sua importância, sendo, portanto, o que primeiro se irá tratar.

³⁵⁸ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, p.190.

³⁵⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.412.

³⁶⁰ *Idem. Ibidem*, p.425.

Para o Leonardo Roscoe Bessa, “*trata-se, à evidência, de faculdade imprescindível, para evitar, ou fazer cessar, ofensa a direitos da personalidade*”.³⁶¹ Não se pode pretender dar proteção aos dados pessoais se a cada cidadão não for garantido o direito de acesso às suas informações contidas em diversos bancos de dados e cadastros.

Quando em leitura, esse direito de acesso está subdividido no acesso às informações propriamente dito e no acesso às fontes dessas informações.³⁶² Isso permite que o consumidor tenha um maior controle sobre seus dados pessoais, confirmando a aplicação dos princípios básicos da informação e da transparência que permeiam a legislação consumerista.

Desta feita, se por um lado, o direito de acesso às informações tem por finalidade instrumentalizar eventual contestação, retificação ou cancelamento de dados pessoais a seu respeito, o direito de acesso às fontes, por sua vez, assegura meios de detectar a origem dos dados para proceder a retificação necessária, mas principalmente, visa assegurar a identificação de responsáveis quando da postulação de reparação em eventuais danos sofridos.³⁶³

O acesso dos dados deve ser irrestrito, gratuito³⁶⁴ e imediato. Amplo e irrestrito porque não deve ser ocultada qualquer informação que esteja armazenada. Será gratuito em face do disposto no Decreto nº 2.181/97, em seu artigo 13, X³⁶⁵ que

³⁶¹ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.189.

³⁶² Posicionamento de Antônio Carlos Efig (*op. cit.*, p. 119-120), o qual se concorda em contraposição ao entendimento do professor Antônio Herman V. Benjamin que propõe ainda mais uma subdivisão referente ao direito de acesso à identificação das pessoas, físicas ou jurídicas comunicadas do conteúdo das informações por entender que efetivamente o CDC nada dispõe nesse sentido (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.463)

³⁶³ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.120.

³⁶⁴ Sobre ser o acesso gratuito é um posicionamento controverso. Enquanto Fábio Ulhôa Coelho espousa o entendimento que o arquivista “poderá exigir pagamento pelo serviço desde que o valor correspondente não inviabilize o exercício do direito do consumidor” (*op. cit.*, p.177). Antônio Carlos Efig dispõe o contrário consubstanciado no artigo 13, X, do Decreto 2.181/97, que regulamenta as sanções administrativas previstas no CDC (EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.122).

³⁶⁵ Artigo 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990:

[...]

X - impedir ou dificultar o acesso gratuito do consumidor às informações existentes em cadastros, fichas, registros de dados pessoais e de consumo, arquivados sobre ele, bem como sobre as respectivas fontes;

[...].

o inclui como prática infrativa bem como o disposto na Lei nº 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*, em seu artigo 21³⁶⁶ que dispõe ser “*gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação da justificção [...]*”.

Além disso, deve ser observado que o acesso aos dados deve ser imediato quando solicitado pelo consumidor, “*fazê-lo esperar é descumprir a regra do CDC, provocando, nesse caso, a força sancionatória da lei*”.³⁶⁷

Mesmo assegurando o direito de acesso, o CDC não dispõe a forma como devem proceder os interessados para obter tais dados, cabendo, portanto, a aplicação do princípio da boa-fé que deverá primar pelo cumprimento do dever de esclarecimento.³⁶⁸

Quanto a essa garantia, vale a ressalva feita por Ana Paula Gambogi Carvalho que, dada a natureza eminentemente particular dos dados armazenados é “*vedado o acesso de forma coletiva ou massificada às informações arquivadas*”.³⁶⁹

Como forma de assegurar tal garantia, o CDC estabeleceu em seu artigo 72 uma sanção penal para aquele que impedir ou dificultar o acesso às informações armazenadas dos consumidores.

Consigne-se, ainda, a possibilidade de ser impetrado o *habeas data* para assegurar judicialmente o direito de acesso do interessado às suas informações pessoais mesmo tendo sido vetado na redação final do CDC, conforme se discorre no desdobramento seguinte.

³⁶⁶ Artigo 21. São gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificção, bem como a ação de *habeas data*.

³⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.464.

³⁶⁸ Cabe, pois, observar a legitimidade da parte interessada, a formalização do pedido, de forma oral ou escrita, devendo ser individual e decorrente de uma necessidade de consumo (Cf. EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.116-117. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.437).

³⁶⁹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.99.

3.3.1.1 O Habeas Data como Garantia Jurídica das Relações de Consumo – o Veto ao artigo 86 do CDC

O *caput* do artigo 43 delimita seu objeto de proteção, deixando claro que isso se dará sem prejuízo do artigo 86. Todavia, o referido artigo, que tornava apta a aplicação do *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores, sofreu veto presidencial. Desta feita, o instrumento processual que garantiria o direito de acesso, à primeira vista, foi negado.

O argumento utilizado à época do veto presidencial foi que:

As ações de mandado de segurança e de habeas data destinam-se, por sua natureza, à defesa dos direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípua os atos de agente do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados [artigos 85 e 86] assim, contrariam as disposições dos incs. LXXI e LXXII do art. 5º. da Carta Magna.³⁷⁰

O legislador no artigo vetado somente pretendeu tornar e consagrar o *habeas data* como instrumento de defesa do consumidor. O argumento é de que o dispositivo contraria a natureza constitucional do instituto em virtude dele tutelar apenas atos de agente público. Entretanto, se esse é o argumento, o mesmo caiu por terra no exato momento em que o próprio artigo 43, em seu §4º. procurou amoldar as relações de consumo às características do *habeas data* considerando todos os bancos de dados e cadastros de consumidores entidades de caráter público. Na lição de Antônio Carlos Efig

³⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.848.

*não poderia ser diferente, haja vista que os arquivos de consumo atuam como entidades, mesmo que privadas, que prestam serviços diretamente ao público e na esfera de seu interesse, assumindo importância ímpar na sociedade da informação a que estamos umbilicalmente relacionados.*³⁷¹

Considerado um retrocesso na linha evolutiva do Direito Processual moderno que pretende fazer do processo um instrumento dotado de maior efetividade possível³⁷², o veto presidencial foi inócuo.

O próprio instituto do *habeas data* é amplo o suficiente para albergar

*as situações que digam respeito à tutela dos interesses públicos em face de instituições e entidades que forneçam informações, sobretudo aquelas especificamente previstas no Código de Defesa do Consumidor.*³⁷³

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade dessa ação constitucional, já mencionados anteriormente em capítulo próprio, não há o que questionar sobre sua aplicação. Ao contrário, face às agressões que a privacidade do consumidor pode sofrer, principalmente nesta sociedade informacional, o *habeas data* pode auxiliá-lo no controle preventivo de suas informações pessoais.

Sendo assim, o consumidor tem o direito de escolha face às ações protetivas que tem a sua disposição, ou se utiliza do CDC, o qual tem conteúdo mais protetivo ou do *habeas data*.³⁷⁴

³⁷¹ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.126.

³⁷² WATANABE, Kazuo, *op. cit.*, p. 848.

³⁷³ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.127.

³⁷⁴ Neste sentido, LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.190. EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.77.

3.3.2 Restrições quanto ao Conteúdo das Informações Arquivadas

Se o artigo em questão é bem específico quando delimita que são objeto de proteção às informações, dados pessoais e de consumo existentes em registros, fichas, cadastros e bancos de dados, torna-se vago quando o assunto é o conteúdo dessas informações.

Deve se ter em mente que são necessárias algumas restrições, à medida que, como se pretendeu demonstrar em outro momento deste estudo, com os avanços tecnológicos não há mais informação indiferente, que não tenha qualquer valor em si mesma.

Em razão de aspectos práticos, ainda assim, subsiste a distinção para com os dados denominados sensíveis, os quais, para serem arquivados, deverão ter autorização expressa de seu titular.³⁷⁵ Antônio Carlos Efig acrescenta mais restrições quanto ao conteúdo das informações coletadas quando aduz que

não é somente a informação prejudicial às relações de consumo que devem ser rechaçadas dos arquivos, também aquelas que não trazem benefício algum devem tomar o mesmo destino, justamente para enxugar a coleção de dados, limitando a invasão à privacidade e diminuindo sobremaneira a possibilidade de danos decorrentes de informações inverídicas e até informações contraditórias.³⁷⁶

Com efeito, mesmo as informações corretas e verdadeiras, somente poderão ser divulgadas se adstritas à finalidade pelo qual foram colhidas, evitando assim o comércio de dados pessoais que, atualmente, alimenta o *marketing* das empresas em busca de novos clientes.

³⁷⁵ Tal restrição é importante para o funcionamento dos cadastros de consumidores, os quais, em muitas situações, armazenam *juízos de valor* como *informação interna* e para orientação *exclusivamente dos negócios do fornecedor-arquivista*. Assim, nesses casos, é permitido o armazenamento e utilização de dados sensíveis, desde que cumprido a formalidade do consentimento já descrita.

³⁷⁶ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.128-129.

Ainda assim, o artigo 43, em §1º., traz exigências que devem ser observadas quanto ao conteúdo dos dados colhidos. Devem ser objetivos, claros, verdadeiros e de linguagem de fácil compreensão, “*sob pena de configurar-se prática abusiva pelo mau uso do veículo de informação representado pelo arquivo de consumo*”.³⁷⁷

A observância das referidas restrições consolidam a transparência exigida nas relações de consumo e permitem seu fácil acesso e sua adequada compreensão desobstruindo qualquer empecilho ou barreira que possa dificultar o controle e a autonomia do consumidor frente aos seus dados.

3.3.2.1 *Interpretação Jurídica de Dados Objetivos, Claros, Verdadeiros e de Linguagem de Fácil Compreensão*

O significado de dados objetivos, dentro do contexto a ser analisado, está diretamente relacionado com a finalidade do cadastro, isto é, se a construção de um banco de dados de consumidores tem por serventia instruir a relação de consumo, nele devem apenas constar as informações que cabem à sua finalidade. Nesse sentido, concorda Antônio Carlos Efiging que “*esta objetividade representa a divulgação exclusivamente de dados acerca dos consumidores, sem juízo de valor, salvo a permissão disponibilizada nos cadastros de consumidores*”.³⁷⁸

Já a informação clara, consoante o Antônio Herman V. Benjamin é “*aquela que não é prolixa, contraditória ou dúbia*”.³⁷⁹ Essa exigência é imprescindível, pois é por meio de dados claros, que quem estiver recebendo tais informações poderá construir seu entendimento sobre o consumidor por ora refletido apenas naquele cadastro.

³⁷⁷ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.130.

³⁷⁸ *Idem. Ibidem*, p.130.

³⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.439.

A veracidade, por sua vez, é atributo essencial haja vista que o perfil do consumidor será traçado com as informações contidas em seu cadastro.³⁸⁰ Tal exigência reflete diretamente no princípio da boa-fé que deve sempre ser perseguido na busca do equilíbrio das relações de consumo, gerando para o arquivista um dever constante de manutenção em seu cadastro. O direito decorrente de referido dever, o qual assegura que o consumidor terá informações verazes armazenadas está estampado no tipo penal descrito no artigo 73 do CDC o qual responsabiliza o arquivista de bancos de dados ao deixar de corrigir imediatamente informação que sabe, ou deveria saber, ser inexata.³⁸¹

³⁸⁰ Sobre o conceito de dado verdadeiro, claro e objetivo, a jurisprudência assim se posiciona: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA CANCELAMENTO INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA CONTROVERSA. 1. A inscrição de um débito cujo montante é controverso se enquadra no conceito de dado inexato, cuja divulgação infringe o art. 43, §§ 1o e 3o, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. O cadastro negativo somente poderá ser veiculado a partir da definição do valor da dívida em sede judicial, se então houver inadimplemento. Determinação que não gera dano ao credor. 3. Agravo provido. (Tribunal de Justiça do RS. Quinta Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70019750967. Relator: Paulo Sérgio Scarparo, 16.05.2007) “RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SPC/SERASA). DADO DECORRENTE DE PROCESSO DE EXECUÇÃO COLHIDO EM CARTÓRIO DISTRIBUIDOR. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA PÚBLICA. FATO VERÍDICO. RECURSO NÃO CONHECIDO. - A existência de processo de execução constitui, além de dado público (nos termos dos art. 5.º, incs. XXXIII e LX, da CF, e do art. 155 do CPC), fato verdadeiro, que não pode ser omitido dos cadastros mantidos pelos órgãos de proteção ao crédito pelo simples fato de o devedor estar impugnando a execução; porquanto tal supressão equivaleria à eliminação da notícia da distribuição da execução, no distribuidor forense, algo que não pode ser admitido e faria com que os cadastros e dados de consumidores deixassem de ser objetivos e verdadeiros, contrariando, portanto, o §1.º, do art. 43, do CDC. - Não se pode vedar que se reproduzam os dados de processo de execução, constantes no cartório distribuidor, tendo em vista que o processo não deixa de existir tão-somente pelo fato de estar o executado discutindo o título executivo em juízo. - Se os órgãos de proteção ao crédito reproduzem fielmente o que consta no cartório de distribuição a respeito de determinado processo de execução, não se lhes pode tolher que forneçam tais dados públicos aos seus associados. Recurso especial não conhecido.” (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 866198 / SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 05.02.2007)

³⁸¹ A jurisprudência é clara quando se refere à manutenção de dados verdadeiros em cadastros de consumo, principalmente, quando se trata de manutenção de nome de devedor em cadastros de proteção ao crédito, mesmo após a quitação do débito: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. MANUTENÇÃO DO NOME DA AUTORA EM REGISTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO APÓS QUITAÇÃO DO DÉBITO. 1. Consoante entendimento firmado nesta Corte, “cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem por omissão, lesão moral, passível de indenização” (REsp. 299.456/SE, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ. 02.06.2003; REsp. 437.234/PB, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ. 29.09.2003; REsp. 292.045/RJ, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ. 08.10.2001). (...) 5. Recurso conhecido e provido.” (Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 473970 / MG. Reator: Ministro Jorge Scartezini. 09.10.2006) “CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SPC. MANUTENÇÃO DO NOME DA DEVEDORA POR LONGO PERÍODO APÓS A QUITAÇÃO DA DÍVIDA. DANO MORAL

Por fim, a linguagem de fácil compreensão objetiva, consoante Leonardo Roscoe Bessa “*que o interessado, ao exercer o direito de acesso, possa compreender exatamente o conteúdo e significado da inscrição, até para, se for o caso, exigir a retificação ou cancelamento da informação*”.³⁸²

Isso limita o arquivista, pois não poderá incluir informações que estejam codificadas, representadas por símbolos ou ainda em língua estrangeira.

3.3.3 Garantia de Comunicação Prévia da Abertura de Cadastro

O dever de comunicação prévia vem assegurado no §2º do artigo 43³⁸³ sendo considerada cronologicamente a segunda garantia decorrente do artigo em análise, conforme a disposição de seus parágrafos. Antônio Herman V. Benjamin, todavia, observa que

*o acesso que tem o consumidor aos assentos lavrados em seu nome é o segundo direito básico estatuído pelo CDC no campo dos arquivos de consumo. Numa seqüência lógica, é posterior em relação ao direito de comunicação, que é prior.*³⁸⁴

Seria obviamente incoerente, garantir o direito de acesso e retificação dos dados caso o próprio consumidor não soubesse que tem dados armazenados e quais são. Tem por finalidade “*garantir a efetivação dos direitos de acesso e*

CARACTERIZADO. PARÂMETRO. CDC, ART. 73. I. Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem, por omissão, lesão moral passível de indenização. II. Ressarcimento, contudo, corretamente fixado pelas instâncias ordinárias em valor proporcional ao dano, evitando enriquecimento sem causa. III. Recurso especial não conhecido.” (Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 299456 / SE. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 02.06.2003)

³⁸² BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.184.

³⁸³ § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

³⁸⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.462.

retificação, evitando conseqüências desastrosas ao consumidor pela informação de seus dados sem que tenha conhecimento de sua existência”.³⁸⁵

É a forma que o legislador encontrou de fornecer meios ao consumidor de controlar as informações que circulam em bancos de dados a seu respeito, caso contrário, a incerteza e a insegurança reinariam em um mundo sem regras³⁸⁶.

Importante ressaltar que o dispositivo dispensa a comunicação quando houver solicitação do próprio consumidor. Como há espontaneidade no preenchimento das declarações do consumidor, haja vista o interesse em formalizar ou instruir-se para uma futura compra do produto ou do serviço, é de seu interesse prestar informações de forma correta e verdadeira.

Porém, isso não reduz a importância do direito à comunicação prévia uma vez que a abertura também *“refere-se a qualquer novo registro no banco de dados”*.³⁸⁷ Isso quer dizer que esse direito deve existir caso sejam inseridas novas informações no cadastro do consumidor ou aquelas já existentes sofram alteração.

³⁸⁵ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.145.

³⁸⁶ A jurisprudência assim se manifesta quanto a este requisito legitimador: “CIVIL. INSCRIÇÃO DE NOME EM BANCO DE DADOS. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. CDC, ART. 43, § 2º. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE CADASTRAL. CANCELAMENTO DO REGISTRO. I. A negativação do nome do devedor deve ser-lhe comunicada com antecedência, ao teor do art. 43, § 2º, do CPC, gerando o seu cancelamento se a tanto não procede a entidade responsável pela administração do banco de dados. II. Recurso especial conhecido e provido.” (Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 943219 / RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, 13.08.2007) “RECURSO ESPECIAL. SERASA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA. ART. 43, § 2º, DO CDC. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE QUE MANTÉM O CADASTRO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. DANO MORAL QUE DECORRE DA PRÓPRIA INSCRIÇÃO SEM A PRÉVIA COMUNICAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO. 1. A pretensa violação de dispositivo constitucional não se alinha às hipóteses de cabimento do recurso especial, previstas no art. 105, III, da Constituição Federal. 2. A legitimidade passiva para responder por dano moral resultante da ausência da comunicação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, pertence ao banco de dados ou à entidade cadastral a quem compete, concretamente, proceder à negativação que lhe é solicitada pelo credor. 3. O dano moral decorre da própria inscrição do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito, sem que efetivada a prévia comunicação. Precedentes do STJ. 4. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido.” (Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 695902 / AM. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 21.05.2007)

³⁸⁷ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.194. Antônio Herman V. Benjamin informa que por abertura “quis o legislador significar não somente a lavratura inicial – a primeira – do arquivo, mas qualquer movimentação posterior do registro, que com informação nova venha a reabri-lo, no sentido de alterá-lo substancialmente” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.456).

Para tanto, a lei exige que a comunicação seja por escrito, entretanto, não estabelece prazo para seu cumprimento. Por prudência, Antônio Herman V. Benjamin defende que “a comunicação deve ser feita antes da colocação da informação no domínio público”³⁸⁸, para que o consumidor tenha tempo hábil a promover eventual retificação ou tomar medidas cabíveis, evitando, assim, prejuízos. Esse posicionamento consolida a idéia preventiva de defesa do consumidor assegurada no artigo 6º., VI do CDC.

O conteúdo da informação a ser comunicada ao consumidor, nos casos em que tenha solicitado a abertura de cadastro, será aquele que foi alterado, inserido ou suprimido.³⁸⁹

Com relação à responsabilidade da comunicação da abertura de ficha, cadastro ou registro, atualmente, a jurisprudência entende que é do arquivista, gestor das informações³⁹⁰, o que é coerente, “*uma vez que este armazena a informação, podendo facilmente dela dispor para propiciar o acesso ao consumidor*”.³⁹¹

³⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.458.

³⁸⁹ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.150. Deve constar da comunicação prévia, com intuito de assegurar a proteção dos dados pessoais, a) os dados do estabelecimento-arquivista (nome, telefone, endereço, etc); b) o nome do responsável pelas informações; c) o motivo pelo qual as informações estão sendo alteradas; d) o fato de estarem sendo alterados os dados em nome da pessoa comunicada; e) os dados anteriores à alteração; f) os dados posteriores; g) a fonte das informações que proporcionaram as alterações.

³⁹⁰ Neste sentido se manifesta o Superior Tribunal Federal: “CIVIL. CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO. CADASTROS DE INADIMPLENTES. PRÉVIA CIENTIFICAÇÃO. OBRIGAÇÃO. ENTE ORGANIZADOR E MANTENEDOR DOS DADOS. 1 - É obrigação do serviço que organiza e mantém o cadastro de inadimplentes, e não do fornecedor do serviço ou produto, cientificar previamente o consumidor de que o seu nome será arquivado. Precedentes da Terceira e Quarta Turma. 2 - Recurso especial não conhecido.”(Quarta Turma. REsp 714643 / RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 15.08.2005)

³⁹¹ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.195.

A interpretação dispensada a esse ponto deve, sobremaneira, ressaltar os valores constitucionais protegidos. A efetiva comunicação ao consumidor assegura a sua dignidade e previne danos aos seus direitos de personalidade, sendo ilícita qualquer transferência das informações a terceiros, antes do conhecimento do titular dos dados.³⁹² Esse procedimento não invalida a necessidade do consentimento prévio do consumidor no armazenamento de dados sensíveis, bem como aqueles que não estejam diretamente vinculados às relações de consumo o que consolida o requisito necessário da finalidade na coleta e armazenamento de informações, sob pena de violação do direito constitucional à privacidade.³⁹³

3.3.4 Garantia de Retificação de Informação Arquivada

Se da garantia à comunicação prévia de abertura de cadastro decorre a conseqüente garantia de acesso às informações pessoais, desta última, em caso de incorreções, caberá o direito à retificação. Esse direito completa a tríplice garantia estabelecida pelo CDC.

Disposto no §3º., do artigo 43, o *“consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção,*

³⁹² BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.197. No mesmo sentido BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.459.

A jurisprudência do TJRS ressaltou, da mesma forma, a importância da comunicação, principalmente quando os dados pessoais forem utilizados por terceiros: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE REGISTRO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CADASTROS DE INADIMPLENTES. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA. Ainda que os registros contestados tenham sido efetivados por outras entidades, detém o consumidor o direito de ser cientificado de que seu nome está sendo informado, ainda que pelo mesmo débito, por outro banco de dados. A circunstância de o réu divulgar e disponibilizar dados referentes aos consumidores, faz gerar sua responsabilidade pelos atos que pratica, assim como pelo atendimento das exigências contidas no CDC relativas aos cadastros de inadimplentes, seja qual for a origem da anotação. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade suscitada nas contra-razões ao apelo. A ausência de notificação prévia, por si só, não acarreta o cancelamento dos registros, tampouco constitui ato ilícito indenizável, mas sim mera irregularidade formal. Não tendo o autor sequer negado a existência das dívidas apontadas ou erro nas informações prestadas, não há como acolher a sua pretensão inicial. APELO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do RS. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70020945721. Relator: Cláudio Baldino Maciel, 30.08.2007)

³⁹³ CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.96.

devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas”.

O direito estabelecido no referido artigo é amplo e abrange todas as informações constantes nos bancos de dados e cadastros de consumidores, tendo como único pressuposto a inexatidão do dado.³⁹⁴ Dentro dessa garantia ainda está assegurado o direito ao cancelamento de informação inverídica.

O requerimento do consumidor tem presunção de boa-fé não cabendo ao arquivista fazer qualquer juízo de valor: seu papel é única e exclusivamente corrigir a informação imediatamente desde que, obviamente, comprovada adequadamente. Contudo, *“a correção imediata não quer significar que o banco de dados não possa dispor de tempo para investigar os fatos referentes à impugnação apresentada pelo consumidor”*.³⁹⁵

Nesta situação, caso o arquivista discorde do consumidor é do seu interesse que averigüe o risco de utilizar tal informação, em virtude da possibilidade de ser enquadrado como responsável solidário. O fornecedor assume o risco no momento da divulgação dos dados adquiridos ou obtidos por terceiros, por isso, o que se pretende é acautelar o uso dessas informações, *“é uma forma de controle contra a responsabilização por eventuais danos recorrentes desta divulgação de informações incorretas”*.³⁹⁶

³⁹⁴ Tupinambá do Nascimento muito bem esclarece o conceito tríplice de informação inexata. Para ele “é inicialmente, *inexatidão material*, no sentido de que é inexata aquela informação que contrasta, ou conflita, com a verdade dos dados. Também é *inexatidão conceitual*, toda vez que se faz anotar no registro informações irregistráveis, por não dizerem respeito a dados pertinentes a relações de consumo. Por fim, identicamente é *inexatidão temporal* aquela que, substancialmente registrável, *não mais pode* constar do registro por força do decurso de tempo, ou seja o quinquênio de que fala o parágrafo 1º. do art. 43. Qualquer que seja a configuração que apresente, trata-se de informação inexata” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.54).

³⁹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.206.

³⁹⁶ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.156.

A responsabilidade pela veracidade e atualidade das informações armazenadas, portanto, é tanto de quem as insere como de quem mantém os bancos de dados.³⁹⁷

Por fim, essa garantia também deve ser efetivada gratuitamente, pelos mesmos argumentos apresentados quanto à efetividade do direito ao acesso das informações.³⁹⁸

Caso não haja diligência na manutenção das informações contidas nos arquivos de consumo, o arquivista assume o risco de ser responsabilizado solidariamente, nas esferas criminal (artigo 73 do CDC), administrativa (artigo 13, XI, XII, XIV e XV³⁹⁹ do Decreto 2.181/97) e cível (artigos 12 a 25 do CDC) quanto aos danos de informação equivocada. O consumidor ainda dispõe do *habeas data* para corrigir informação incorreta nos mesmos termos já expostos em item próprio.

³⁹⁷ Neste sentido, CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.98 e EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.155. Diferentemente do posicionamento de Antônio Herman V. Benjamin, o qual entende não ser do consumidor “a tarefa final de provar a propriedade ou impropriedade do registro. Muito ao contrário, incumbe ao arquivo de consumo demonstrar que procedem a invasão de privacidade que praticou e a disseminação ampla dos dados coligados” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.467).

³⁹⁸ Antônio Herman V. Benjamin ainda acrescenta que, além de gratuito, o consumidor deve ser ressarcido de eventuais gastos realizados a fim de retificar ou cancelar dados incorretos armazenados nos arquivos de consumo (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.467).

³⁹⁹ Artigo 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990:

[...]

XI - elaborar cadastros de consumo com dados irreais ou imprecisos;

XII - manter cadastros e dados de consumidores com informações negativas, divergentes da proteção legal;

[...]

XIV - deixar de corrigir, imediata e gratuitamente, a inexatidão de dados e cadastros, quando solicitado pelo consumidor;

XV - deixar de comunicar ao consumidor, no prazo de cinco dias úteis, as correções cadastrais por ele solicitadas;

[...]

3.3.5 Garantia de Utilização dos Dados de Acordo com os Fins para os Quais foram Coletados e Armazenados

A obtenção de dados pessoais para formação de arquivo de consumo é a essência do *marketing* direto das empresas para conseguir descobrir seus potenciais clientes, bem como para análise e aprovação de crédito. Como já visto, quem detém a informação, detém o poder, e, portanto, quanto maior o espectro de consumidores a serem atingidos por uma oferta de produto ou serviço, maior a probabilidade do desenvolvimento do negócio.

Assim, todos os momentos em que há um contato entre o fornecedor e o consumidor, seja virtual ou pessoal, se torna uma oportunidade de solicitação de preenchimento de um cadastro para que seus dados fiquem armazenados no seu banco de dados. Várias são as estratégias para aumentar e qualificar as informações que ali estão contidas, sendo esta mais uma atribuição da área de *marketing*, que por meio de promoções e benefícios estimula os consumidores a fornecerem seus dados pessoais em troca de maiores informações sobre produtos e serviços do seu interesse. Também não são raras as situações em que o fornecedor exige do consumidor o fornecimento de seus dados pessoais além dos necessários para efetivação da compra. Vislumbra-se constantemente no comércio eletrônico essa espécie de “venda casada” em que o consumidor, para formalizar sua compra, precisa fornecer diversos dados, muitas vezes, desnecessários ou desvinculados à transação, os quais ficarão armazenados e poderão ser objeto de análise posteriormente.

Essa relação estabelecida entre consumidor e fornecedor, independente de uma vinculação contratual ou não, deve ser conduzida pelos deveres de conduta emanados pelo princípio da boa-fé, em evidente acordo com o respeito ao outro e confiança mútua.

O princípio da finalidade, norteador do direito à proteção dos dados pessoais, se faz presente nas relações de consumo por meio do princípio da boa-fé

objetiva e, por conseguinte, nas relações estabelecidas em razão dos arquivos de consumo.

Desta feita, a utilização de dados pessoais deve respeitar os fins para os quais foram coletados. Esses fins devem ser claros e objetivos e devem ser perfeitamente compreendidos pelo consumidor. Assim, de nada adianta o formulário de cadastro conter a informação de uma finalidade genérica, da qual quem definirá o que será feito e de que forma será utilizada a informação é o próprio fornecedor. A finalidade deve estar explícita, de forma que o consumidor mantenha o controle sobre quem detém suas informações e para quê. Esse é o entendimento de Ana Paula Gamboji Carvalho

Quando o consumidor autoriza a coleta de seus dados em uma situação como esta [em que há uma finalidade especificada], o faz na legítima expectativa de que as informações que está prestando apenas serão para aquela finalidade específica.⁴⁰⁰

Com efeito, o uso para fins diversos dos dados pessoais coletados e armazenados ofende a boa-fé e seus deveres de conduta bem como o direito à privacidade, assegurado constitucionalmente, o que gera um dever de reparação tão sério quanto a gravidade e a irreparabilidade do dano causado à personalidade do consumidor e a sua autodeterminação da esfera privada.

As conseqüências dessa garantia a favor da pessoa humana possibilitam uma resposta à questão tão preocupante sobre a comercialização de dados pessoais a terceiros interessados, atualmente facilitada pela informatização dos bancos de dados. Se não houver a autorização expressa dos titulares dos dados contidos em tal cadastro de consumidores que permita a transferência a terceiros, toda e qualquer transmissão será considerada abusiva e a prática ilícita.

⁴⁰⁰ CARVALHO, Ana Paula Gamboji, *op. cit.*, p.98.

A finalidade da coleta dos dados pessoais torna-se, portanto, um avanço na compreensão das regras que disciplinam e legitimam o funcionamento dos arquivos de consumo, riqueza fundamental no desenvolvimento de negócios nos dias atuais, sem se perder o foco na pessoa humana.

3.3.6 Direito de Esquecimento: Limites Temporais

O CDC preocupou-se, haja vista a mobilidade dos hábitos de consumo e do mercado, em impor limites temporais ao armazenamento dos dados nos arquivos de consumo.

Derivada do direito de esquecimento, a fixação legal tem por finalidade evitar o armazenamento de informações por tempo indeterminado, com vistas a evitar transtornos mercadológicos por desatualização dos dados bem como se tornar uma pena de caráter perpétuo enquanto referirem-se a aspectos negativos do consumidor.⁴⁰¹ Traz segurança jurídica às relações de consumo, *“exigindo ato comissivo do interessado para que, no prazo previsto, invoque a tutela jurisdicional para verem resguardados seus direitos”*.⁴⁰²

A lei estabeleceu dois prazos cronológicos distintos. Primeiramente, um prazo genérico, o qual está disposto no § 1º. do artigo em questão, proibindo o armazenamento de qualquer informação negativa em arquivos de consumo por prazo superior a cinco anos, contados a partir da data que originou o fato.⁴⁰³

⁴⁰¹ Tupinambá do Nascimento assevera, muito acertadamente, que “a anotação negativa para todo sempre tem conotação de injustiça e lembra, consideradas as devidas proporções, a pena de caráter perpétuo inadmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º., XLVII, letra “b”, da Constituição” (NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do, *op. cit.*, p.51-52).

⁴⁰² EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.133.

⁴⁰³ Nesse sentido CARVALHO, Ana Paula Gambogi, *op. cit.*, p.100; EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.139; BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.210. Apresenta posição diversa Fábio Ulhôa Coelho, para o qual “a lei, literalmente, não exige que o período de referência corresponda, necessariamente, aos cinco anos imediatamente anteriores. Qualquer período de cinco anos pode ser recolhido pelo fornecedor como referência a determinado consumidor. O que o direito positivo não admite é o armazenamento de informações negativas sobre certa pessoa pertinentes a dois ou mais eventos ocorridos com seis, sete ou oito anos de distância entre eles” (COELHO, Fábio Ulhôa *et al.*, *op. cit.*, p.176).

Posteriormente, um prazo específico, exposto no § 5º., diretamente relacionado aos bancos de dados de proteção ao crédito, os quais não poderão armazenar informações que impeçam ou dificultem um novo acesso a crédito, após consumada a prescrição da ação de cobrança de débitos do consumidor.⁴⁰⁴ Desta forma, os dois dispositivos se complementam, de modo que, se o prazo específico, referente à ação de cobrança for menor que o quinquênio, sobre ele prevalecerá.⁴⁰⁵

Há certa polêmica na interpretação do § 1º. do referido artigo, quanto ao conteúdo da expressão informações negativas. Tal como posto dá margem para uma interpretação restritiva, em que as informações positivas não estariam albergadas por tal dispositivo.

A norma em espécie se remete textualmente às informações negativas, conceituadas por Fábio Ulhôa Coelho como *“aquela que, de qualquer modo, influi ou pode influir depreciativamente na formação da imagem do consumidor perante o fornecedor”*.⁴⁰⁶ Entretanto, consoante Antônio Carlos Efig, *“o limite para que possa ser feito o juízo acerca do caráter negativo da informação é muito sutil”*.⁴⁰⁷

A facilidade do tratamento dos dados pessoais em razão dos avanços tecnológicos viabilizou o cruzamento de informações armazenados em diversos

⁴⁰⁴ Neste sentido segue o entendimento dos tribunais: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RETIRADA DAS INFORMAÇÕES – PRAZO PRESCRICIONAL – ARTIGO 43, PARÁGRAFOS 1º E 5º DO CDC. I – Estabeleceu o legislador dois prazos para o arquivamento das informações negativas do consumidor constantes de cadastros de proteção ao crédito ou banco de dados. O primeiro, genérico, disciplinado pelo § 1º do artigo 43 do Código do Consumidor, estabelece o teto máximo de cinco anos para a permanência desses dados, seja qual for o seu conteúdo. O § 5º desse dispositivo legal, por sua vez, dispõe que, consumada a prescrição da ação de cobrança relativa ao débito que originou a informação, os dados não poderão ser fornecidos. II – Da conjugação desses preceitos normativos, conclui-se que, enquanto for possível ao credor utilizar-se das vias judiciais para obter a satisfação do crédito, respeitado o prazo máximo de cinco anos, é admissível a permanência ou a inscrição da informação nos cadastros de consumidores. Recurso especial provido.” (Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 533853 / RS. Relator: Ministro Castro Filho, 14.11.2005)

⁴⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.442. Leonardo Roscoe Bessa faz uma referência a uma sutil distinção na redação dos dois parágrafos que poderiam levar a uma interpretação distinta. Enquanto no §1º. está disposto que após o prazo a informação deva ser retirada do arquivo de consumo, no §5º. a informação permaneceria no arquivo de consumo, porém não seria repassada a terceiro. Por prudência e para assegurar a proteção de dados pessoais entende que “é melhor que toda a informação que extrapole seu limite temporal, seja em decorrência do §1º. ou do §5º., seja definitivamente excluída do arquivo de consumo (BESSA, *op. cit.*, p.208-209).

⁴⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhôa *et al.*, *op. cit.*, p.176.

⁴⁰⁷ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.135.

bancos de dados outrora inexistentes. Assim, mesmo a partir de informações eminentemente positivas, que não remontem prejuízo aparente pela sua divulgação, podem se construir perfis para determinada finalidade que por si só, são invasivos.

O questionamento sobre a aplicação dos limites temporais existentes aos dados positivos se impõe. A pauta da discussão foi lançada e está em evidência na medida que o próprio governo brasileiro encampou tal idéia, isto é, criar um marco legal para os cadastros positivos. Sua pretensão é agilizar o processo de tramitação do projeto de lei nº 5.870/05.⁴⁰⁸

A medida pretende regular e fornecer os fundamentos legais para a criação de bancos de dados de proteção ao crédito, incluídos nesse contexto a utilização de dados positivos.⁴⁰⁹ Na realidade, a intenção é formar bancos de dados de clientes-consumidores a partir de uma avaliação feita por meio de seus hábitos financeiros e de consumo que determinará a sua classificação de risco.

O texto que justifica a proposição esclarece que

Ao permitir a coleta e disseminação de informações sobre adimplemento, os indivíduos poderão se beneficiar com o registro também de seus pagamentos que foram realizados pontualmente, como acontece na imensa maioria das operações. Assim, os bancos de dados de proteção ao crédito apresentarão um retrato mais completo sobre a situação creditícia do indivíduo ou firma, pois os dados "negativos" serão analisados num contexto muito mais amplo, incluindo todo o universo de operações "positivas". Isso permitirá ao mercado de crédito e de varejo diferenciar de maneira mais eficiente os bons e os maus pagadores.

⁴⁰⁸ De acordo com o coordenador-geral da área de reforma microeconômica do Ministério da Fazenda, Fábio Servo, após o governo desistir de lançar uma medida provisória, "o governo preferiu manter a discussão no Congresso em função dos ganhos conseguido nas comissões por que já passou o projeto". Notícia veiculada pelo Jornal Valor Econômico em 18 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/financas/54/C>>. Acesso em: 2 jun. 2007.

⁴⁰⁹ Em tramitação, ainda há outro projeto de lei, nº 405/2007, referente ao assunto, o qual pretende inserir mais um parágrafo no artigo 43 do CDC, disciplinando a formação de cadastro positivo no Sistema de Proteção ao Crédito.

Mesmo com a observação às garantias e direitos referentes à proteção dos dados pessoais, não se pode perder o foco de que qualquer iniciativa que tenha por finalidade a elaboração de um perfil a ser disponibilizado para relações negociais de forma sistematizada e organizada põe em risco a privacidade dos cidadãos. Logo, se o direito pretende assegurar a proteção de dados pessoais de seus cidadãos de eventual desvio ou prática ilícita ou abusiva, não há porque distinguir informações negativas de positivas, sendo o direito de esquecimento aplicável a ambas.

Nesse sentido, Têmis Limberger sustenta a aplicação da analogia às informações positivas, frente à ausência de dispositivo específico. Consoante seus ensinamentos

*o prazo de cinco anos é razoável, e, neste ínterim, podem modificar-se as informações do consumidor, com o objetivo de que a informação utilizada esteja atualizada, como forma de assegurar a veracidade dos fatos.*⁴¹⁰

Diante dessas razões, os dados positivos, também estão sujeitos à aplicação do CDC e à aplicação dos respectivos limites temporais, devendo o arquivista observar tais prazos.⁴¹¹

Essa observância coibirá a possibilidade de dados armazenados serem indiscriminadamente utilizados de forma indeterminada e sem adequação alguma ao direito do consumidor de dispor de suas informações para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

⁴¹⁰ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.202.

⁴¹¹ A organização de listagens com dados positivos está sujeita à incidência das regras dispostas no CDC. O conteúdo da informação armazenada nos arquivos de consumo já foi analisado em outro momento e concluiu-se que todos os dados pessoais, indiferente de seu aspecto positivo ou negativo, devem estar sob o manto da proteção legal. Nesse sentido, concorda-se com o posicionamento de Têmis Limberger, **O direito à intimidade na era da informática**, *op. cit.*, p.203.

3.3.7 Atribuição de Caráter Público aos Arquivos de Consumo

O §4º., do artigo 43⁴¹² do CDC considera entidade de caráter público todos os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores.

A medida teve o propósito de possibilitar o uso da ação constitucional do *habeas data* para assegurar a proteção de dados, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 5º., LXXII⁴¹³, permite que este seja impetrado contra entidades governamentais ou de caráter público. Essa previsão fez cair por terra o veto ao artigo 86 como anteriormente descrito.

A possibilidade de utilização do *habeas data* pelo legislador é o que fundamentará a atribuição de caráter público, à medida que os arquivos de consumo servem não somente como instrumento de auxílio nas relações de consumo, mas também organizam e dinamizam dados pessoais, atingindo e influenciando a esfera privada de cada consumidor.

Tal atribuição não é exclusiva dos bancos de dados que prestam informações a terceiros, são extensivos aos cadastros internos das empresas, “*mesmo que só passíveis de uso pelo seu próprio detentor*”.⁴¹⁴

Somente esse fato já reflete a potencialidade existente de dano. Para isso, é necessário agravar a responsabilidade do gestor de um arquivo de consumo para que se mantenha diligente e atento à manipulação desses dados por meio desta atribuição legal de entidade de caráter público. Entende, assim, Antônio Carlos Efigueira que

⁴¹² § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

⁴¹³ Artigo 5º. [...]

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...].

⁴¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.414.

*o caráter público destinado aos arquivos de consumo deve ser considerado como resultado das seqüelas que o armazenamento de informações pode criar, seja através da proclamação a terceiros, seja apenas – ou mais ainda – de forma interna. É o enorme potencial lesivo que exterioriza a necessidade de ser atribuído caráter público a estes institutos.*⁴¹⁵

Por essas razões, se justifica a postura adotada pelo CDC de “publicizar” tais institutos como forma de coibir excessos e abusos por parte de seus gestores bem como de garantir a cada indivíduo que tem seus dados armazenados o direito de questionar os procedimentos de coleta, organização e divulgação e o conteúdo de tais informações.

Analisados os limites jurídicos que legitimam a atuação dos arquivos de consumo, faz-se imperioso o enfrentamento das conseqüências legais que o descumprimento de tais regras acarretará ao seu gestor, visto que o dano gerado está diretamente relacionado com a autodeterminação da esfera privada do consumidor.

3.4 O SISTEMA DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ARQUIVOS DE CONSUMO

A evolução do conceito de privacidade para uma proteção mais efetiva dos dados pessoais vem acontecendo, principalmente, em razão dos avanços da informática. Na esfera do consumo, a privacidade ganha força face às práticas de mercado que, utilizando-se de dados pessoais, constroem bancos de dados e cadastros de consumidores com inúmeras informações, por vezes não autorizadas ou por tantas outras desviadas de sua real finalidade. A falta de fiscalização e de legislação específica para a proteção de dados pessoais capazes de controlar a

⁴¹⁵ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.161.

difusão e a propagação dessas informações realça, ainda mais, a possibilidade de abuso na sua utilização.⁴¹⁶

A vida privada de cada indivíduo se vê invadida por malas diretas, correspondências e e-mails sem, ao menos, terem sido solicitados. Essa situação de gravidade é desenhada por Maria Cláudia Mércio Cachapuz

é a constatação de que corriqueira é a troca ou venda de informações pessoais – ou de dados nominativos – entre bancos de dados, para a formação das chamadas malas-diretas, formas de comunicação direta com o indivíduo, aparentemente personalizadas, que visam à realização dos mais diversos fins, entre os quais a publicidade sobre determinado produto seria o mais suave deles. A idéia de uma comunicação interativa e agressiva sobre o consumidor rende-se à informática para chegar de forma individualizada a um determinado sujeito, antecipadamente sabendo seus gostos, sua condição financeira, sua realidade de vida.⁴¹⁷

Todavia, ter um cadastro de consumidores para as empresas, sem dúvida alguma, é uma oportunidade de desenvolvimento de estratégias de *marketing*, o que reflete nas vendas e no conhecimento de seus clientes, identificando oportunidades. É por essa razão, pela sua importância e impacto nas práticas de consumo, que foram disciplinados no CDC.

Diante disso, observados os limites jurídicos dispostos pela legislação em vigor e pelos princípios norteadores da disciplina, não há o que se falar em abusividade ou ilicitude, mas sim de exercício regular de direito.

⁴¹⁶ Muitos são os autores que saem em defesa de formas regulamentadas de fiscalização e proteção dos dados armazenados em bancos de dados e cadastros de consumidores. Fábio Henrique Podestá defende a instituição de um órgão ou agência reguladora dos bancos de dados públicos e privados, responsável pela fiscalização e aplicação da lei, com poderes para impor penalidades aos infratores das normas que tutelam a privacidade do titular de informações armazenadas em bancos de dados. (PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Direito & internet**: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2001). Para outras informações sobre as agências regulatórias ver artigo de Têmis Limberger (LIMBERGER, Têmis. Agências administrativas independentes no direito comparado – uma contribuição ao projeto de lei nº 3337/2004. **AJURIS**, ano 32, v.97, mar. 2005).

⁴¹⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Informática e proteção de dados os freios necessários à automação. **AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris. v. 70, p. 379, jul.1997.

Entretanto, a inobservância de qualquer um dos deveres exigidos pelo ordenamento jurídico, quer seja disciplinado pelo CDC ou pelo direito à privacidade e proteção de dados pessoais estabelecidos como fundamentais na Constituição Federal de 1988, concretiza a conduta ilegítima, a qual enseja a incidência de sanções.

Os arquivos de consumo estão sujeitos a sanções civis, administrativas e penais como forma de coibir práticas ilícitas.

Como já destacado, o CDC trata das sanções penais referentes aos arquivos de consumo nos seus artigos 72 e 73. Alerta-se ainda, para a possibilidade de ocorrência de outras condutas criminosas, como a difamação, tipo penal disposto no artigo 139 do Código Penal (CP), em razão da facilidade de difusão de fatos que podem caracterizá-la.⁴¹⁸

O sistema de sanções administrativas, por sua vez, vem estabelecido nos artigos 55 a 60 do CDC, o qual é constituído por normas gerais de consumo, *“cujo destinatário é o legislador, e não o consumidor ou fornecedor de serviços”*.⁴¹⁹ Desta feita, uniformiza a aplicação das sanções administrativas e a competência dos entes estatais neste papel.

O Decreto nº 2.181/97, promulgado posteriormente à edição do CDC, para organizar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, definiu práticas infrativas referentes aos arquivos de consumo, em seu artigo 13, incisos X a XV. Com efeito, a aplicação das sanções administrativas não fica adstrita às normas referidas, uma vez que o que se busca proteger é o consumidor, titular máximo da constitucionalmente assegurada dignidade da pessoa humana. Ultrapassados os

⁴¹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.226. O autor ainda entende, que para os bancos de dados de proteção ao crédito, há a observância do tipo penal estabelecido no artigo 313-A do CP (estabelecido pela Lei nº. 9.983/00) que incrimina a conduta consistente em “inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano”. A sanção é reclusão de dois a doze anos. Entende-se que esse novo tipo penal também deverá ser aplicado nos cadastros de consumidores.

⁴¹⁹ DENARI, Zelmo. Das sanções administrativas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.628.

limites do exercício regular do direito, decorrentes do ordenamento jurídico como um todo, a incidência de sanções administrativas vigorará.

Sem prejuízo das já descritas sanções penais e administrativas, o desrespeito à boa prática dos arquivos de consumo ensejará a sanção civil, ou seja, o dever de reparar os danos.

Diversas são as faces do dano a ser reparado. Desde a forma como são coletados os dados, ou mesmo seu armazenamento sem a devida concessão do titular ensejam uma reparação, no mais das vezes apenas moral, em face de um dano efetivo que tenha atingido o consumidor na plenitude de sua personalidade. Sem contar com a possibilidade de dano decorrente de informações falsas ou incompletas, ou mesmo com o desvirtuamento da finalidade no uso de dados sensíveis.

No âmbito consumerista a legislação já disciplina e assegura alguns direitos e deveres aos consumidores, entre eles, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, consoante o disposto no artigo 6º, VI do CDC. Trata-se de um dos direitos básicos do consumidor que engloba a atividade dos cadastros de consumidores, de forma a responsabilizar integralmente aqueles que ocasionaram eventuais danos em razão de abusividade ou ilicitude na coleta, no armazenamento e na divulgação de dados pessoais.

As palavras que foram dispostas para assegurar esse direito não foram em vão, pois carregam um sentido forte e de conteúdo contundente. A efetividade almejada é traduzida nas normas cogentes do CDC que pretendem equilibrar as relações de consumo. Entretanto, a efetividade depende da atuação da sociedade bem como dos instrumentos que a ela foram disponibilizados. Depende ainda, da atividade estatal fornecendo a educação informal necessária à concretização dos direitos conquistados bem como a fiscalização, por meio de órgãos públicos, que devem perseguir tal objetivo.⁴²⁰

O caráter preventivo se traduz na vontade do legislador em ver as normas de defesa dos consumidores serem fielmente cumpridas, tendo as empresas fornecedoras atitudes proativas no sentido de se qualificarem buscando qualidade nos seus produtos e serviços.⁴²¹

Nesse caráter preventivo, José Geraldo Brito Filomeno também identifica a repressividade típica do texto legislativo, de forma a coibir os instrumentos reparatórios que estão à disposição do consumidor, por meio das sanções administrativas e penais.⁴²²

Na matéria sobre os arquivos de consumo evidencia-se tal caráter preventivo quando é assegurada a garantia de comunicação prévia da abertura de um cadastro. Tal instrumento, preventivamente, garante o conhecimento do consumidor de forma a evitar que futuros danos sejam causados.

⁴²⁰ É o que entende Antônio Carlos Efiging quando observa que "esta efetiva prevenção e reparação de danos depende, em primeiro momento, da atuação da sociedade de consumo na utilização das normas do CDC e dos instrumentos que lhes foram disponibilizados para alcançar seus objetivos, tais como Procon, associações de consumidores, Delcon, etc. Esta utilização pelos consumidores e fornecedores das novas normas trazidas pela lei de proteção do consumidor depende diretamente da atividade estatal, no sentido de lhes serem oportunizados instrumentos eficazes para a efetivação desta tutela. Um dos passos para que se consiga configurar a realidade almejada é, sem sombra de dúvida, a educação informal da sociedade. E, entre outros, a fiscalização dos órgãos públicos atua de forma determinante para tal objetivo" (EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.192-193).

⁴²¹ José Geraldo Brito Filomeno assevera que a prevenção visa atingir "as atitudes que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros" (FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p.140).

⁴²² José Geraldo Brito Filomeno assim se manifesta "Repressivamente, entretanto, estão as sanções administrativas, bem como as infrações penais [...], a indicar que os fornecedores devem evitar esforços no sentido de que isso não seja necessário" (FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p.141).

Todavia, se mesmo com a prevenção almejada pelo CDC, ocorrerem prejuízos ao consumidor, sejam estes de natureza material ou moral, a efetividade do sistema de defesa do consumidor recairá na reparação do dano de forma a reequilibrar novamente as forças da relação de consumo.

Ainda assim, com base na efetiva prevenção, principalmente quando se trata de proteção de dados pessoais, há sempre a possibilidade de ajuizar ações para que a ofensa ao direito seja imediatamente interrompida.⁴²³

A intenção é cercar de todas as formas os possíveis abusos que poderão ser cometidos pelos arquivos de consumo para que a dignidade da pessoa humana, como bem maior, e o livre desenvolvimento de sua personalidade sejam preservados. Para tanto, seguem noções gerais dos danos morais e materiais que devem ser reparados para a efetividade das relações de consumo.

3.4.1 Danos Indenizáveis: Patrimonial e Moral

Os danos sofridos pelos consumidores por conta da atuação dos arquivos de consumo são caracterizados em duas ordens: o patrimonial e o moral. São independentes entre si e, por essa razão, podem ser requeridos cumulativamente.

O conceito de dano patrimonial caracteriza-se pelo fato de o consumidor ver seu patrimônio diminuído frente a uma ação ou omissão do gestor do cadastro de consumidores. Dentre os prejuízos materiais pode-se identificar o dano emergente e os lucros cessantes, isto é, valor efetivamente perdido, e o valor que se deixou de ganhar.⁴²⁴ Consoante Antônio Herman V. Benjamin, “o valor do dano é aquele da

⁴²³ Leonardo Roscoe Bessa explicita que ultrapassados os limites de atuação dos bancos de dados de proteção de crédito “gera o dever de indenizar os danos morais e materiais decorrentes da ilicitude e possibilita o ajuizamento de ações diversas para fazer cessar imediatamente a ofensa a direitos de personalidade” (BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.228).

⁴²⁴ Consoante artigo 402 do Código Civil: Salvo as exceções previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

*vantagem perdida ou inviabilizada*⁴²⁵ para tanto, deverá haver a sua comprovação posto que o dano patrimonial não pode ser presumido.

Desta forma, caso tenha sido perdida uma oportunidade ou vantagem em compra ou venda de algum produto ou serviço em razão de armazenamento de informações falsas, incorretas, ou mesmo dados sensíveis sem a necessária autorização, deverá ser reparado o dano daí advindo. Antônio Carlos Efig sintetiza que os danos podem advir, *“tanto da perfeita divulgação de dados imperfeitos quanto da imperfeita divulgação de dados perfeitos”*.⁴²⁶

Da mesma forma deverá ser indenizado o dano decorrente de transferência ilícita ou abusiva de dados pessoais, como, por exemplo, no envio de cartões de crédito sem solicitação do consumidor, prática já condenada, que mesmo sem o seu desbloqueio há a cobrança de anuidades não consentidas.

Outra ordem de danos decorrentes da má utilização de arquivos de consumo é o denominado dano moral, o qual não tem qualquer vínculo com aspectos econômicos do bem jurídico atingido.

Com um potencial lesivo vasto na temática dos arquivos de consumo, é visto com muito preconceito atualmente, em face de sua banalização nos tribunais. Todavia, Cláudia Lima Marques muito bem assevera que

nestes primeiros quinze anos de promulgação do CDC, a jurisprudência brasileira tem-se mostrado especialmente sensível ao problema do ressarcimento do dano moral sofrido pelo consumidor em suas relações de consumo com fornecedores e seus auxiliares profissionais (SPC, cartório de protestos de títulos, jornais, etc). Esta massiva resposta jurisprudencial, de uma unanimidade poucas vezes observada em matéria de defesa do consumidor, pode ter sua origem na hierarquia constitucional da proteção da personalidade e da

⁴²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.477.

⁴²⁶ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.174.

*dignidade humana, mas demonstrou de forma clara a importância do Judiciário na criação de uma sociedade mais ética.*⁴²⁷

Muito se discute, então, o que comporta e caracteriza tal dano, posto que sua delimitação apresentará repercussões tanto no momento em que for identificado o armazenamento de informações incorretas ou indevidas nos cadastros de consumidores, ou mesmo nos casos de invasão de privacidade em que dados são armazenados sem autorização ou utilizados para fins diversos para os quais foram armazenados, sendo transmitidos e divulgados a terceiros, sem qualquer consentimento do seu titular.

Entretanto, o que está em jogo é a efetiva reparação dos danos decorrentes dos direitos de personalidade. Se este é o bem maior a ser protegido torna-se questionável a imprescindibilidade da dor, da angústia, da existência de sentimento intrínseco para caracterizar o dano moral, pois nem sempre estão presentes.⁴²⁸ Para tanto, adota-se o conceito amplo de dano moral, consoante as palavras de Leonardo Roscoe Bessa

para amparo integral da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da própria instituição do Estado [...], inclusive para

⁴²⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p.1224.

⁴²⁸ Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal Federal já decidiu: “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO INDENIZÁVEL. VALOR MÓDICO, CONSIDERANDO A INADIMPLÊNCIA ANTERIOR E O APONTAMENTO POR OUTROS CREDORES. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. I. A indevida inscrição em cadastro de inadimplentes gera direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito, o que foi observado no caso dos autos, com a fixação em valor que considera a existência de dívida impaga e cadastramentos promovidos por outros credores. II. Fixada a reparação em valor determinado na decisão recorrida, a correção monetária flui a partir daquela data, vedado o seu cômputo retroativo. III. Os juros de mora têm início a partir do evento danoso, nas indenizações por ato ilícito, ao teor da Súmula n. 54 do STJ. IV. Agravo parcialmente provido.” (Quarta Turma. AgRg no REsp 835560 / RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 26.02.2007)

*tutelar aqueles que, definitiva ou temporariamente, por motivos diversos, estão impossibilitados de ter qualquer sentimento.*⁴²⁹

Nos arquivos de consumo, o dano moral será constituído uma vez detectado o armazenamento indevido ou abusivo ou a transferência a terceiros de dados pessoais sem o consentimento expresso de seu titular. Essas situações sempre serão enquadradas e entendidas como invasão de privacidade a título de reparação.

Nas situações em que restar comprovado o desvio da finalidade para qual foi armazenada e consentida pelo seu titular, bem como um cruzamento diverso ao pretendido inicialmente, o dever de reparação pode ser constituído em virtude dos deveres de conduta emanados pelo princípio da boa-fé. Tal postura atenta frontalmente contra o direito de proteção dos dados pessoais, aspecto mais relevante e fonte primordial, nos dias atuais, do conteúdo da privacidade.⁴³⁰

Por ter um valor axiológico superior, o valor a ser ressarcido deve ser substancial de forma a ter carácter preventivo e punitivo, para dissuadir o infrator a praticar condutas futuras, bem como reparatório, avaliando-se o tamanho do prejuízo em que a privacidade do consumidor foi atingida. Nesse último critério, deverão ser analisadas as reações sentidas pelo consumidor de forma a nortear o parâmetro de fixação da condenação.

3.4.2 A Reparação dos Danos Decorrentes de Arquivos de Consumo

Identificadas as ordens de danos indenizáveis decorrentes de práticas abusivas ou indevidas dos bancos de dados e cadastros de consumidores, expondo

⁴²⁹ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.243.

⁴³⁰ Nas palavras de Maria Cláudia Mércio Cachapuz, “manipulação dos dados para um sentido diverso ao que foi originariamente previsto, até mesmo em razão de um cruzamento de informações não-previsto inicialmente, pode vir a constituir o prejuízo e gerar o direito à reparação” (CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *op. cit.*, p.406).

o regime jurídico a que estão sujeitos, volta-se à análise do dever e o conseqüente sistema de reparação de danos.

Durante o presente estudo evidenciou-se que, mesmo havendo uma disciplina própria para as relações de consumo e, mais especificamente, com relação aos arquivos de consumo, a proteção de dados pessoais, por ter amparo constitucional, como um dos aspectos da privacidade, deverá sempre prevalecer. A necessária conjugação dos diversos textos legislativos de forma ampla e interativa deverá ter como norte a efetiva proteção do princípio da dignidade humana, privilegiando sempre o ser humano, em suas diversas facetas, seja como consumidor, seja como cidadão.

Com isso, a disciplina de reparação de danos para os arquivos de consumo também deverá observar os fundamentos e as características da proteção de dados pessoais. A reparação do dano decorrerá, portanto, tanto do direito de acesso e retificação assegurados constitucionalmente, quanto dos direitos de personalidade garantidos pelo código civil e, ainda assim, pela disciplina albergada pelo CDC.⁴³¹

Quanto à possibilidade de haver excludentes de responsabilidade cabe a doutrina de Maria Cláudia Mércio Cachapuz que, se apropriando dos ensinamentos de Carlos Ghersi leciona

só é ventilada pela ocorrência de causas específicas que se refiram à existência de um interesse público prevalente, de um consentimento inequívoco do titular da informação ou do exercício regular de um direito ou cumprimento de dever legal. Do contrário, havendo o dano e a conseqüente relação de causalidade relativamente ao gestor do banco de dados passa a existir, invariavelmente (salvo hipótese de caso fortuito ou força maior, o que se torna um tanto difícil na espécie), o dever de reparação do prejuízo.⁴³²

⁴³¹ Quanto à reparação de danos resultantes da inobservância da matéria relativa à proteção de dados, sob a visão de Maria Cláudia Mércio Cachapuz, “decorre do próprio direito de acesso e retificação, caracterizados como fonte imediata ou direta de reparação de um equívoco no registro ou na transmissão feitos de forma abusiva” (CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *op. cit.*, p.402).

⁴³² *Idem. Ibidem*, p.399.

Por estarem sob o manto do CDC, o sistema de reparação de danos será calcado na responsabilidade civil objetiva. Ainda assim, em razão do disposto na lei consumerista, a solidariedade da mesma forma incidirá quando necessária. Cabem, pois, algumas observações a respeito desses institutos que fundamentarão e darão as diretrizes para a plena satisfação de eventuais prejuízos sofridos.

3.4.2.1 Responsabilidade Objetiva

Em termos de reparação de danos, o CDC é muito claro e difere do disposto no CC.⁴³³ Estabelece como regra geral a denominada responsabilidade objetiva, isto é, a desnecessidade de comprovação de culpa para que haja o dever de indenizar, basta a demonstração do dano e seu liame com a situação que dele resultou.⁴³⁴ Antônio Carlos Efiging frisa que

a justificativa para a consagração do sistema de responsabilidade objetiva vem a ser a própria evolução social – à qual deve se adaptar o direito com o fim de que seja prestada adequadamente a tutela jurisdicional-, que passou a demandar instrumentos mais eficazes do que aqueles fundados na averiguação da culpa do agente para que fosse proporcionada a efetiva reparação.⁴³⁵

A eficácia da reparação de um dano, principalmente nas relações em que há um desequilíbrio presumido, como nas relações de consumo, é fundamental para garantir a respeitabilidade e a credibilidade da legislação específica. A

⁴³³ Isto se torna premente na medida em que quando o legislador entendeu diferentemente, consignou tal exceção. Verifica-se tal afirmação no artigo 14, § 4º., que exige a verificação da culpa na responsabilidade pessoal dos profissionais liberais.

⁴³⁴ James Marins afirma que, para ser caracterizada a responsabilidade objetiva, é necessária a ocorrência de três elementos fundamentais: “a) a existência do defeito; b) o dano efetivo, moral e/ou patrimonial; e c) o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão. Não havendo a comprovação de qualquer destes elementos não há que se cogitar da responsabilidade civil do fornecedor” (MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 108-109).

⁴³⁵ EFING, Antônio Carlos, *op. cit.*, p.207.

responsabilidade objetiva, portanto, cumpre esse objetivo, posto que facilita o ônus da prova.

Leonardo Roscoe Bessa amplia a aplicação da responsabilidade objetiva a todas as situações disciplinadas pelo CDC, “*ainda que não se configure o suporte fático de responsabilidade por vício e fato dos produtos e serviços (arts. 12 a 25 do CDC)*”.⁴³⁶

Tal instituto se mostra imprescindível uma vez que é, em razão do potencial de utilização dos dados pessoais do consumidor, que o fornecedor os coleta, os armazena e os distribui, quer seja, em ações de *marketing*, quer seja, em análise positiva ou negativa de seu cliente. No momento em que a organização de forma sistemática, de acordo com critérios próprios, tem como sua propriedade, as informações a respeito de outra pessoa. Em razão desse controle e administração de dados alheios, lhe cabem diversas obrigações de forma a proteger os dados pessoais.

Uma das obrigações assumida perante o consumidor quando toma para si os dados pessoais do consumidor para determinada finalidade, é exatamente o dever de zelo, o dever de proteção, quando ambas as partes devem evitar que sejam causados danos entre si. Nesse instante, os princípios de boa-fé e transparência devem estar presentes por toda a permanência dos dados no cadastro do fornecedor, independente de formalização de contrato⁴³⁷. São desses princípios que emanam os reflexos que tomam forma de deveres.⁴³⁸

O não cumprimento desses deveres laterais, consoante lição de José Carlos Moreira da Silva Filho

⁴³⁶ BESSA, Leonardo Roscoe, *op. cit.*, p.237.

⁴³⁷ Não raro os dados pessoais de consumidores são utilizados para realizar cadastro, quando há apenas o interesse em realização de negócio. São os chamados clientes em potencial, ou “prospects”, haja vista que o fornecedor a partir desse momento já tem conhecimento de algumas particularidades, hábitos e gostos de seu futuro cliente.

⁴³⁸ Antônio Herman V. Benjamin entende serem inderrogáveis e indisponíveis todos os deveres assumidos pelo fornecedor. Menciona como deveres, entre outros “a) o dever de verificação da veracidade do dado; b) o dever de comunicação; c) o dever de fiscalização dos assentos; d) o dever de atualização das anotações; e) o dever de cancelamento ou retificação dos lançamentos; e f) o dever de sigilo (criando, inclusive, mecanismos que evitem o acesso a quem não é associado ou autorizado)” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.472).

*é considerado pela doutrina e pela jurisprudência mais atualizada como descumprimento contratual, ainda que o dever de prestação principal tenha sido cumprido em si. Esta inobservância, classificada como violação positiva do contrato, poderá gerar, além do direito à indenização, o direito de resolução e a possibilidade da exceção do contrato não-cumprido. Tal se fundamenta na circunstância de que embora cumprida a prestação principal, o descuido quanto aos deveres laterais fere com gravidade o fim da relação obrigacional.*⁴³⁹

As relações obrigacionais atuais, em razão de sua complexidade se perpetuam no tempo de forma que tais deveres de conduta acompanham todos os desdobramentos de uma relação jurídica, sendo possível a responsabilização de ambas as partes em momentos pré e pós contratual, isto é, a relação jurídica será acompanhada antes, durante e posteriormente a sua concreção.

Em razão de se tratar de uma relação de consumo que pressupõe a vulnerabilidade do consumidor esses deveres de conduta serão regidos pela responsabilidade objetiva.

Assim, comprovado que o gestor do banco de dados ou cadastro de consumidores não cumpriu com qualquer uma das limitações jurídicas que legitimam o seu regular funcionamento, isto é, deixou de comunicar previamente o consumidor pela abertura de um cadastro, armazenou dados pessoais sem o seu consentimento, conserva em seu cadastro dados inverídicos e incorretos e desatualizados, mantém informações além do prazo prescrito em lei, desviou o uso dos dados pessoais para finalidade não consentida, surge o dever de indenizar o consumidor.

Atente-se que poderá não ter qualquer intenção no agir do arquivista, contudo, se há relação de causalidade, por conseqüência, imprescindível o dever de indenizar.⁴⁴⁰

⁴³⁹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**, *op. cit.*, p.214.

⁴⁴⁰ Antônio Herman V. Benjamin enfatiza que não somente uma ação infrativa poderá originar o dever de reparar, “mas também os comportamentos passivos, caracterizados por omissão em dar cumprimento a um dever de agir” (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.476).

Com efeito, a simples inobservância dos limites jurídicos delineados pela Constituição Federal de 1988 e pelo CDC aos arquivos de consumo, por si só, já ofendem o direito à privacidade. A responsabilidade objetiva também decorre do próprio dispositivo constitucional que determina a inviolabilidade da privacidade. A própria disciplina de proteção de dados é pacífica no campo doutrinário quanto à adoção da responsabilidade sem culpa.⁴⁴¹

Isso ocorre, principalmente, em razão de facilidade do cruzamento e da circulação da informação em redes. Trata-se da lógica das redes, consoante já elencado como um dos aspectos centrais do novo paradigma da atual sociedade da informação, o que dá vazão à inventividade e curiosidade do ser humano.⁴⁴²

Cabe ressaltar, em tempo, que por ter sempre o ideal de equidade e, portanto, buscar o reequilíbrio das forças, a legislação consumerista, garante ao consumidor, caso haja alguma dificuldade em se buscar a prova para configuração de eventuais danos em ação indenizatória, alçar mão do benefício de inversão do ônus da prova, estabelecido pelo artigo 6º., VIII do CDC.⁴⁴³

3.4.2.2 Responsabilidade Solidária

Outro instrumento que bem se enquadra na análise da responsabilização civil dos arquivos de consumo é a responsabilidade solidária na medida que a identificação de quem será o sujeito passivo, ou seja, de quem será o dever de indenizar é aspecto relevante para a efetiva reparação.

⁴⁴¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *op. cit.*, p.405.

⁴⁴² Maria Cláudia Mércio Cachapuz assim dispõe “No âmbito de proteção das informações armazenadas (ou em vias de registro) em bancos de dados, tem-se como ressarcível todo aquele dano capaz de gerar um prejuízo concreto ao titular das informações, ainda que tal prejuízo tenha-se dado por fato da operação do banco de dados ou pelo cruzamento de redes informativas, sem que o indivíduo tenha concorrido diretamente para o evento danoso” (CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio, *op. cit.*, p.405).

⁴⁴³ Artigo 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

De acordo com o artigo 265 do CC, “a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”. Desta feita, o legislador, quando da elaboração do CDC, expressamente considerou que tal responsabilidade seria disponibilizada ao consumidor em seu artigo 7º., parágrafo único.⁴⁴⁴

Isso quer dizer que qualquer uma das partes que componha a cadeia de consumo poderá responder individualmente, perante o consumidor, pela totalidade dos danos causados por fato ou vício do produto, sem verificação de culpa, com ressalvas para o direito de regresso, quando será apurada a verdadeira responsabilidade. Consoante lição de James Marins

Quem indenizar o prejudicado poderá exercer o direito de regresso, contra os eventuais co-responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso. Isto significando que aquele que ressarcir a vítima pelos prejuízos causados pelo evento danoso poderá exigir dos demais responsáveis, se houver, a devolução da quantia desembolsada além da medida de sua responsabilidade e que também aos outros competia arcar em razão da solidariedade estabelecida no art. 7º.⁴⁴⁵

A pretensão da solidariedade é que todos aqueles que contribuíram, seja por ação ou omissão, para que houvesse um evento danoso possuem, de forma proporcional a sua participação, o dever de indenizar o consumidor lesado.

Nos cadastros de consumidores quando não há terceiro envolvido responderá o próprio arquivista pelos deveres que deixar de cumprir. Responderá, ainda, pela ilicitude do ato, em caso de transferência das informações pessoais a terceiros sem a autorização do titular. Nessa situação, o arquivista será o fornecedor

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[...]

⁴⁴⁴ Artigo 7º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

dos dados pessoais e, por ser essa relação estranha ao consumidor, não há dúvida de que a solidariedade é imprescindível para a efetiva reparação de danos. Antônio Herman V. Benjamin sintetiza a idéia de que

*a responsabilidade civil por desvio nos arquivos de consumo é solidária, liberado o consumidor para escolher entre propor a ação somente contra o arquivista ou o fornecedor original, ou, ainda, contra os dois conjuntamente, na forma do art. 7º., parágrafo único. A solidariedade, aqui, é legal e de ordem pública, pintando de indelegabilidade, na ótica do consumidor, as obrigações estatuídas pelo CDC.*⁴⁴⁶

Importante frisar que tal responsabilidade advém de norma de ordem pública, e, portanto, indisponível. Com isso, mesmo que o gestor do banco de dados ou cadastro de consumidores transfira ou exonere, no todo ou em parte, sua responsabilidade, contratualmente ou de fato, em nada altera a disciplina do CDC a lhe ser aplicada.

Nos termos do CDC, são nulas de pleno direito tais cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade de fornecedor por vício dos produtos ou serviços.⁴⁴⁷

Observe-se que também não haverá validade jurídica nos casos em que, por meio de contrato, o consumidor assumira inteira responsabilidade pelos dados fornecidos. Quão menos, quando se tratar de contrato que regre o relacionamento entre fornecedores, na transferência e divulgação de informações pessoais. Como bem retrata Antônio Herman V. Benjamin

⁴⁴⁵ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**, *op. cit.*, p.108.

⁴⁴⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.473-474.

⁴⁴⁷ Artigo 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

[...]

*quando lavradas entre fornecedores, tais manifestações de vontade [estabelecidas em contrato] não podem prejudicar o consumidor que, aqui, é terceiro, estando, por isso mesmo, protegido pelos efeitos jurídicos que não desejou ou que não consentiu.*⁴⁴⁸

Com seu sistema de reparação de danos sustentado pela responsabilidade objetiva e solidária, o CDC consegue envidar forças para alcançar o necessário equilíbrio das relações de consumo. As normas do CDC, antes de tudo, estão norteadas por princípios, como o da boa-fé que, por emanar deveres de conduta às partes, garante a confiança mútua e precípua necessária para um não desvirtuamento da relação. Por essa razão, acompanham-na desde um primeiro momento de aproximação pré-contratual entre fornecedor e consumidor até o momento posterior ao seu cumprimento. Entretanto, mesmo com a ênfase dada ao seu caráter preventivo, podem ocorrer fatos que comprometam a equidade da relação. É caso do dano resultante de falha do arquivista ao não cumprir as limitações jurídicas impostas para adequada atuação dos arquivos de consumo. Todavia, nessas situações, a conjugação hermenêutica das normas estabelecidas não somente no CDC, mas também no CC e na Constituição Federal de 1988, podem garantir a efetiva reparação decorrente, principalmente, da invasão de privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

⁴⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *op. cit.*, p.473.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de proteção dos dados pessoais se apresenta ao Direito como forma de disciplinar os constantes abusos cometidos contra a esfera privada dos cidadãos. O potencial lesivo embutido na manipulação de dados pessoais pelos bancos de dados automatizados conectados a redes que permitem o cruzamento de diversas informações justifica tal preocupação.

A coleta, o armazenamento e a utilização de dados pessoais de forma organizada têm papel central na condução das relações de consumo, caracterizada pelo desenvolvimento do *marketing* e a facilidade do crédito.

Os arquivos de consumo são, por sua vez, fonte de informação que abastecem o mercado por meio da elaboração e construção de perfis que traduzem a pessoa humana em seus hábitos, gostos e preferências.

A vulnerabilidade do consumidor frente ao tratamento de seus dados pessoais deve ser combatida com um esforço conjunto do ordenamento jurídico, quer seja pela legislação vigente de ordem consumerista, civil e constitucional, quer seja pelos princípios norteadores da interpretação e da aplicação de tais normas.

Pelo estudo realizado, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro está apto a fundamentar a necessidade de proteção de dados pessoais como forma de concretizar o direito à privacidade quando se trata dos arquivos de consumo.

Essa fundamentação decorre de um novo contexto mundial retratado pelos avanços informáticos que, por seu impacto, introduzem novos fatos que desestabilizam as forças atuantes nas relações sociais e trazem novos padrões. A

técnica sempre foi um agente transformador, mas as tecnologias informáticas por não terem seu foco na pessoa humana trouxeram questionamentos sobre alguns conceitos, dentre eles o de privacidade.

O deslocamento do centro do ordenamento jurídico das relações jurídicas para a pessoa humana, elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a valor fundamental, norteador de todas as condutas e práticas jurídicas. O Estado passa a ser o meio de sua promoção e garantia como forma de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

As relações privadas passam por uma constitucionalização a qual, mais modernamente, se assume como repersonalização do Direito Civil, em referência a um novo atuar da pessoa humana enquanto ser concreto e incompleto que define sua personalidade convivendo e interagindo com os demais partícipes da sociedade. Esse contexto privilegia a tutela os direitos de personalidade e, conseqüentemente, o direito à privacidade.

Essa garantia de livre desenvolvimento da personalidade traz um novo perfil à privacidade que, com constantes invasões e abusos, necessita de uma tutela dinâmica para proteger a liberdade positiva que por ora se manifesta para edificar a esfera privada pessoal de cada cidadão. Trata-se de uma função promocional da privacidade que se exalta e toma forma na liberdade de escolha de que todos os indivíduos dispõem.

A privacidade se torna o próprio caminho e o princípio da dignidade humana; é o guia que irá definir seu plano de aplicação nas relações jurídicas públicas e privadas. A informação passa a fazer parte de seus contornos, pois é, o poder de dela dispor que será construída e delimitada a esfera privada pessoal.

A faculdade de autodeterminação informativa, isto é, a faculdade de cada indivíduo decidir sobre o limite da revelação e da utilização de seus dados pessoais, emerge desse contexto em que a privacidade e a informação se associam e se dissociam em um paradoxo que vem a consagrar o direito à proteção de dados pessoais.

Discutido em escala global, o direito à proteção dos dados pessoais já foi alçado, em nível comunitário, a direito fundamental na medida em que esses dados, enquanto atributos da personalidade, se mostram suscetíveis e por essa razão demandam tutela específica. A disciplina passa a ser norteadada por princípios próprios que prezam pela transparência das relações, a exatidão dos dados armazenados, seu livre acesso e a segurança do armazenamento, bem como uma atenção especial à finalidade da coleta, da conservação e da utilização das informações pessoais.

No Brasil, sua existência pode ser identificada na ação constitucional do *habeas data*, que garante o direito de acesso e retificação de dados pessoais. Todavia, tal normativa se mostra insuficiente para cercar e disciplinar de forma total e integrada a temática.

Na esfera do consumo, a privacidade ganha força face às práticas de mercado que, na construção de bancos de dados e cadastros de consumidores, utilizam, por vezes, dados pessoais não autorizados ou obtidos pelo desvio de sua real finalidade. A falta de fiscalização e de legislação específica, capazes de controlar a difusão e a propagação das informações pessoais realça, ainda mais, a possibilidade de abuso na sua utilização. A vida privada acaba por ser invadida por malas diretas, correspondências e e-mails sem, ao menos, terem sido solicitados.

Como se identificou, a tecnologia oferece soluções para aprofundamento e personalização do atendimento ao cliente. Um dado pessoal coletado e armazenado se transforma em informação pulsante. Já não existem mais dados pessoais indiferentes. Todos os dados que identificam uma pessoa, quer seja por atributos legais, físicos ou por meros hábitos e preferências se tornam potencialmente lesivos à privacidade de seu titular. A simples possibilidade de eventual manipulação e comercialização dos dados pessoais já se torna uma afronta ao direito à privacidade.

A necessidade de proteção dos dados pessoais nos arquivos de consumo passa a ser uma forma de assegurar e concretizar o direito à privacidade. O CDC, atento a isso, disciplinou, em seu artigo 43, a temática dos arquivos de consumo.

Entretanto, o seu adequado funcionamento será legitimado por limites jurídicos consubstanciados não somente na legislação protetiva ao consumidor vigente, mas sim em uma interpretação conjugada dos demais ordenamentos jurídicos, como o Código Civil, em razão da proteção dos direitos de personalidade, bem como da Constituição Federal que assegura o direito à privacidade e seus valores positivados, centralizada no princípio da dignidade humana. Essa conjugação é visualizada a partir do processo de constitucionalização do Direito Civil o qual, traz uma nova leitura metodológica que assegura eficácia imediata nas relações privadas.

A legislação consumerista brasileira, desde sua concepção, foi visualizada dentro de uma nova ordem jurídica na qual o valor da pessoa humana se sobrepõe a normas e princípios que limitam a vontade das partes. Dentre eles se encontra a boa-fé objetiva, a qual é um elemento criador de deveres de conduta que tem uma atuação pensando no outro, respeitando suas expectativas e direitos, cooperando para que o fim contratual e o interesse das partes sejam realizados.

Em decorrência desse princípio, que advém de uma nova matriz hermenêutica, houve uma renovação de antigos conceitos. A autonomia privada passa a ser limitada de forma a manter o equilíbrio da relação pela confiança e as relações jurídicas não cabem mais em conceitos estanques, em virtude da sua complexidade.

Desta feita, a boa-fé passa a ser o parâmetro que acompanha o início, o durante e a concreção dos fins a que a relação jurídica se propõe. Esse novo paradigma se concretiza em sua dupla função: como fonte de deveres de conduta e como limite ao exercício de posições jurídicas.

Como fonte de deveres, a relação que era estática, passa a ser dinâmica e assim tais deveres devem acompanhar as relações de consumo durante toda a sua existência e isto inclui suas fases pré e pós negociais.

A existência da relação está no contato social, ou seja, mesmo não havendo um contrato firmado, os deveres de conduta estarão presentes para estabelecer o

equilíbrio da relação, objetivo de todo o sistema consumerista. Tais deveres vão se revelando como deveres de informação, de proteção de lealdade e confiança, conforme o contexto específico em que se dará o desenrolar do vínculo..

Aplicado a figura dos arquivos de consumo, esse princípio permite identificar a proteção do consumidor mesmo antes da perfectibilização de um contrato, fornecendo um manancial de deveres que devem ser cumpridos para o exercício regular do direito. As relações jurídicas complexas que se depreendem das interações entre consumidor e fornecedor se caracterizam por contínuas transformações e estão relacionadas com uma idéia de processo, ou seja, a obrigação em seu sentido amplo, onde o que interessa é o conjunto de fatos que formam a relação e não fatos isolados.

O Direito se reveste de fundamentos para adequar-se a relações mais duradouras e o sentido do conjunto dos fatos que as comporão será a finalidade da relação. As restrições ao funcionamento dos arquivos de consumo advindas da aplicação do parâmetro da boa-fé denotam uma abertura na legislação consumerista para os princípios decorrentes da proteção de dados pessoais.

A coleta, o armazenamento, o uso e a transmissão dos dados pessoais contidos em arquivos de consumo, não raras vezes são efetuados sem qualquer vinculação contratual, o que não exclui eventual responsabilização por abuso ou desvio de finalidade. A proteção em face da sua potencialidade de dano à personalidade do consumidor justifica essa prudência que traduz o pensar no outro com respeito e confiança posto que os deveres de conduta são ambivalentes cabendo o seu cumprimento a ambas as partes.

Os arquivos de consumo, sob o manto dos princípios da equidade e da boa-fé impõem um compromisso de conduta que se inicia no momento da coleta da informação e no seu armazenamento, perpetuando-se até o momento de sua utilização ou divulgação. Sendo assim, os arquivistas e gestores dos bancos de dados e cadastros de consumidores devem estar atentos, em virtude de eventual responsabilização civil em caso de descumprimento desse princípio.

A contextualização do referido princípio, nos arquivos de consumo permite identificar uma comunicação com os princípios emanados na proteção de dados pessoais, principalmente o atinente à finalidade. Essa proposta de uma interpretação de caráter expansivo da normativa do CDC aos princípios estabelecidos pela proteção de dados pessoais é condizente com a faculdade de autodeterminação da esfera privada que pretende se assegurar e a conseguinte concretização do direito à privacidade nas relações de consumo.

Nesse sentido, a aplicação do princípio da finalidade deverá ser feita por meio da boa-fé objetiva e da própria garantia constitucional da privacidade, de forma a permear todo o enredo de garantias e direitos estabelecidos na seção do CDC que trata dos bancos de dados e cadastros de consumidores. Tal princípio será tratado, quando da interpretação da legislação referente aos arquivos de consumo, como um dos limites jurídicos para o seu correto funcionamento, inserindo a necessidade de proteção de dados pessoais dentro do microssistema consumerista.

A garantia de que os dados serão recolhidos apenas para os fins propostos que motivaram a sua coleta, assegura ao consumidor o controle das informações que lhe dizem respeito e a liberdade de escolher em que circunstâncias fornecerá seus dados, de maneira que terá livre arbítrio para compor e desenvolver a sua personalidade com vistas à preservação da sua privacidade.

Será, com esse fundamento, que se considerará ilícita a comercialização de dados sem a efetiva anuência do titular bem como o desvio dos fins propostos que originaram a coleta, o armazenamento e utilização dos dados pessoais, consolidando um dano a ser efetivamente reparado.

Portanto, a transmissão dos dados pessoais somente poderá ser realizada se assim for consentido pelo titular das informações após ter conhecimento da finalidade da coleta e do armazenamento. É importante lembrar que o titular deve ter plena capacidade de entendimento e não poderá ser uma finalidade genérica em que o fornecedor definirá quais são os rumos para os quais os dados pessoais devem servir, posto que isso contraria os moldes atuais do direito à privacidade que prima pelo livre desenvolvimento da personalidade.

Além da garantia referida de que os dados somente serão coletados e utilizados de acordo com os fins propostos e consentidos, há outros limites jurídicos que definem a atuação dos arquivos de consumo tão importantes quanto os demais para assegurar a proteção dos dados pessoais.

Assim, são garantidos os direitos de comunicação prévia de abertura de cadastro, o direito ao acesso dos dados pessoais e o direito a eventual retificação de dados armazenados incorreta ou equivocadamente, formando o que se chama da tríplice garantia.

Restrições ao conteúdo dos dados pessoais armazenados são impostas de forma que, os potencialmente lesivos, como os dados sensíveis, devem ter um tratamento diferenciado o que torna imprescindível o consentimento informado de seu titular. Ainda assim, há a garantia de que as informações coletadas serão objetivas, claras, verdadeiras e com linguagem de fácil compreensão.

Com a mesma pretensão de assegurar a proteção dos dados pessoais, a legislação impõe limites temporais que impedirão a sua utilização ilimitada e sem prazo. Cabe ressaltar, que esse direito de esquecimento servirá tanto para dados positivos quanto negativos que comporão os arquivos de consumo.

Por fim, o descumprimento das limitações jurídicas ultrapassará o exercício regular do direito e ensejará a reparação do dano sofrido de acordo com o direito básico estabelecido pela legislação consumerista de dar a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. A efetividade assegurada reflete desde o âmbito preventivo e administrativo até a esfera judicial.

Para tanto, o dever de reparação está sujeito aos institutos da responsabilidade objetiva e solidária, os quais facilitarão a comprovação do dano efetivo e a sua conseqüente indenização, possibilitando a efetividade da tutela. Assim, qualquer indivíduo que participe da cadeia de consumo responde objetivamente ao consumidor, sem verificação de culpa.

Conclui-se, assim, que a efetividade da tutela necessária para proteger os dados pessoais constantes em arquivos de consumo está diretamente relacionada à confiança e ao respeito mútuo derivados do princípio da boa-fé objetiva que limita, em sua essência, a autonomia privada por meio de deveres de conduta a serem seguidos por ambas as partes. O princípio da dignidade da pessoa humana, como condutor do ordenamento jurídico, reforça esta postura de lealdade e compromisso para com o outro, como forma de concretização do direito à privacidade.

REFERÊNCIAS

ABALOS, María G. Algunos aspectos del habeas data en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación en el derecho argentino. In: ARMAGNAGUE, Juan F. (Dir.). **Derecho a la información, habeas data e internet**. Buenos Aires: La Rocca: 2002. p. 417-436.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**: resolução. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. 326p.

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 305p.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.

ALMEIDA, João Batista. **Proteção jurídica do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 641p.

ALMINO, João. **O segredo e a informação**: ética e política no espaço público. Brasília: Brasiliense, 1986. 118p.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 352p.

ARMAGNAGUE, Juan F. El derecho comparado en la protección de datos. In: ARMAGNAGUE, Juan F. (Dir). **Derecho a la información, habeas data e internet**. Buenos Aires: La Rocca: 2002. p. 375-416.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 329p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v.342, p.121-129, abr./jun. 1998.

BARBIERI, Carlos. **BI – Business Intelligence**: modelagem & tecnologia. Rio de Janeiro: Axcel Books do Brasil, 2001. 424p.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 345p.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Título 1; cap. 5; p.240-400.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 286p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Informática e proteção de dados os freios necessários à automação. **AJURIS**, Porto Alegre: Ajuris, v.70, p.374-409, jul. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2000. 1504p.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.46, p.77-119, abr./jun. 2003.

CARVALHO, Luis Alfredo Vidal de. **Datamining**: a mineração de dados no marketing, medicina, economia, engenharia e administração. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2005. 225p.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 320p.

CARVALHO, Orlando de. **A Teoria geral da relação jurídica**: seu sentido e limites. Coimbra: Centelha, 1981. 101p.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. 698p.

COELHO, Fábio Ulhôa *et al.* **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991. 403p.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Campinas: Romana, 2004. 363p.

DAVID, René. **Tratado de derecho civil comparado**: introducción al estudio de los derechos extranjeros y al metodo comparativo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953. 632p.

DENARI, Zelmo. Das sanções administrativas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Título 1; cap. 7; p.628-643.

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.111-136.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 448p.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 299p.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 272p.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 378p.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.41, p. 81-96, jan./mar. 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000. 208p.

FERNANDES, Milton. O “Habeas data” como defesa à ameaça tecnológica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 83, v. 704, p.63-70, jun. 1994.

FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. In: BARROS, Hamilton Moraes e *et al.* **Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.131-159.

FERNANDES, Milton. **Proteção civil da intimidade**. São Paulo: Saraiva, 1977. 315p.

FERRARI, Vincenzo. Mídia e direito à Informação. In: GERMAN, Christiano *et al.* **Informação e democracia**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p.163-209.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Título 1; cap. 1; p.21-58.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.85-106.

FROSINI, Vittorio. Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici. In: QDC. **Banche dati telematica e diritti della persona**. Padova: Cedam, 1984. p. 29-43.

GENTILI, José Carlos. **Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor**: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais: doutrina, legislação e jurisprudência. Brasília: Tecprint, 1999. 260p.

GOLDSCHMIDT, Ronaldo; PASSOS, Emmanuel. **Data Mining**: um guia prático. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 261p.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Bancos de dados e relações de consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002. 127p.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 384p.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406p.

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993. 208p.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. **Revista do Ministério Público**, Nova fase: Porto Alegre, n.43, p. 27-50, jul./out. 2000.

LIMBERGER, Têmis. Agências administrativas independentes no direito comparado: uma contribuição ao projeto de lei nº 3.337/2004. **AJURIS**, ano 32, v.97, p.291-313, mar. 2005.

LIMBERGER, Têmis. O direito à intimidade do cliente bancário: uma proposta de interpretação conjugando a sistemática constitucional, consumerista e civilista. **Revista do Ministério Público**, Nova fase: Porto Alegre, n.48, p.247-269, jul./set. 2002.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**: a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 250p.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613p.

LORENZETTI, Ricardo. Informática, *Cyberlaw* e *e-Commerce*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.466-508.

MARINS, James. *Habeas data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.26, p.105-112, abr./jun. 1998.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 194p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1342p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação Popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de**

descumprimento de preceito fundamental. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 521p.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 104p.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 190p.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística**. São Paulo: FTD, 1997. 135p.

ORWELL, George. **1984**. 29.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005. 301p.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006. 145p.

PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório sobre a existência de um sistema global de interceptação de comunicações privadas e econômicas (sistema de interceptação ECHELON”)**. Relator Gerhard Schmid, 11 de julho de 2001. 198p. Disponível em: <http://www.europarl.eu.int/comparl/tempcom/echelon/pdf/rapport-echelon_pt.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2006.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003. 639p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 359p.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2001. p.179-236.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. 60v.

PUCCINELLI, Oscar R. **Protección de datos de carácter personal**. Buenos Aires: Astrea, 2004. 680p.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na Internet: uma primeira reflexão. **Revista do Direito do Consumidor**, v.11, n.41, p.151-165, jan./mar. 2002.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1995. 406p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 616p.

SANTOS, Fernando Gherardini Santos. **Direito do marketing**: uma abordagem jurídica do *marketing* empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 273p.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 362p.

SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 474p.

SIDOU, J. M. Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 278p.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a. 274p.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da *ipseidade*. In: COPETTI, André; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b. p.113-136.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 768p.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de Injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 69p.

SILVEIRA, Paulo A. Caliendo Velloso da. Proteção de dados no direito comparado. **AJURIS**, Porto Alegre, v.71, p.302-343, nov. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 366p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica ao direito. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919p.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a. 577p.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b. p.1-16.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001c. p. 23-54.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b. p.55-71.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001d. p. 1-22

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a. 521p.

UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: <[http:// www.europa.eu](http://www.europa.eu)>. Acesso em: 15 mar. 2007.

VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 232 p.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Hammes. Curitiba: Juruá, 2006. 478p. p.39-84.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. **El derecho a la intimidad**. Madrid: Civitas, 1985. 73p.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v.4, n.5, p.193-220, dez.1890. Disponível em: <http://www.lawrence.edu/fast/boardmaw/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 11 set. 2005.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Título 3; cap. 1; p.780-853.