

OS BANCOS CADASTRAIS POSITIVOS E O TRATAMENTO À INFORMAÇÃO SOBRE (IN)ADIMPLEMENTO

THE POSITIVE CADASTRAL BANKS AND TREATMENT INFORMATION ABOUT PAYMENT

Maria Cláudia Cachapuz¹

Doutora em Direito Civil pela UFRGS

RESUMO: O artigo visa a discutir os conceitos de autodeterminação informativa e proteção de dados em face da disciplina mais recente da Lei nº 12.414/2011, que trata da configuração de bancos cadastrais positivos de crédito. Ressalta a necessidade de serem observados critérios de transparência e veracidade ao acesso e tratamento conferidos aos dados cadastrados e analisa a hipótese de configuração de ilícito na hipótese de violação ao direito de acesso à informação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; autodeterminação informativa; proteção de dados.

ABSTRACT: *The paper discusses the concepts of informational self-determination and data protection under the newer*

discipline of Law nº 12.414/11, which deals with setting cadastral positive credit. Emphasizes the need to be observed criteria of transparency and truthfulness to the access and treatment conferred on registered data and examines the hypothesis of violation to the right of access to information.

KEYWORDS: *Civil law; informational self-determination; data protection.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O tratamento à proteção de dados e os bancos cadastrais positivos; 2 A solução jurídica ao ilícito; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Treatment data protection and positive cadastral banks; 2 The legal solution to civil illicit; Conclusions; References.*

¹ Juíza de Direito no RS, Professora da Faculdade de Direito da Unilasalle e ESM/Ajuris.

INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei nº 12.414/2011, após período de vigência da Medida Provisória nº 518, muito se tem discutido juridicamente sobre a configuração de bancos de cadastros positivos de consumidores, especialmente no que diz respeito à abrangência cadastral das informações por gestores de bancos de dados. O fato é que a lei, ao regrar a constituição dos cadastros positivos, estabeleceu restrições à liberdade de configuração de tais bancos, descrevendo, normativamente, a forma como deve restar estabelecido o armazenamento de dados sobre o adimplemento do cadastrado, de forma a permitir a visualização do histórico de crédito do consumidor. Para tanto, reconheceu a lei a possibilidade de que haja o agrupamento de informações relativas a adimplemento de crédito, seja para a realização de análise de risco de crédito do cadastrado, seja para subsidiar a concessão ou extensão de crédito e a realização de venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente (art. 7º) – em regra, comerciante. No entanto, estabeleceu, concomitantemente, o resguardo a princípios pertinentes à autodeterminação informativa², justamente para oferecer a proteção ao titular dos dados relativamente ao acesso, à correção e à veracidade da informação armazenada.

A controvérsia que tem sido encaminhada aos Tribunais, de forma específica, corresponde à suposta ilegalidade da abertura e manutenção de registro de dados cadastrais positivos por gestores privados, na medida em que desconhecidos, por parte dos titulares dos dados, elementos e critérios considerados para a análise de risco de crédito – situação que desafia, de forma direta, o disposto no art. 5º, inciso IV, da Lei nº 12.414/2011. Mais ainda, na maior parte dos casos encaminhados ao debate judicial – principalmente por meio de ações cautelares exhibitórias –, a discussão judicial tem sido estabelecida em torno da negativa de conhecimento e acesso às informações armazenadas e disponibilizadas a comerciantes. Sustentam os cadastrados que os registros

² Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citando Wolfgang Hoffmann-Riem, esclarece que o que denomina como “autodeterminação informacional” não é um “direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicações. Os outros (seres humanos) constituem o âmbito social, em cujas lindes a personalidade de cada um se expande: a autonomia, e não a anomia, do indivíduo é a imagem diretora da Constituição. A autonomia deve ser possível em espaços vitais socialmente conectados, nos quais a liberdade de comunicação – ou melhor: liberdade em comum – não pode ser orientada para um conceito limitador da proteção à expansão egocêntrica, mas deve ser entendida como exercício da liberdade em reciprocidade” (Ferraz Jr., 2001, p. 242).

constantes nesses bancos de informações são de cunho confidencial, não lhe sendo oportunizado o conhecimento e discussão do conteúdo, não obstante a alegação de inexistência de pendências financeiras em seu nome.

Necessário, portanto, que inicialmente sejam destacadas algumas noções prévias sobre a questão do armazenamento de informações nominativas em bancos cadastrais, para que se possa, em seguida, avaliar a situação de ilicitude discutida nos Tribunais, com eventuais reflexos no âmbito da responsabilização civil em face do ilícito alegado como existente.

1 O TRATAMENTO À PROTEÇÃO DE DADOS E OS BANCOS CADASTRAIS POSITIVOS

Em relação ao tratamento dispensado à proteção de dados nominativos³, matéria que desafia a comunidade jurídica contemporânea relativamente à questão da privacidade, o conceito de autodeterminação informativa tem igualmente contribuído para orientar a atividade do intérprete, ao reconhecer a autonomia do indivíduo tanto dirigida ao controle e à transmissão de informações personalíssimas como encaminhada à possibilidade de acesso a qualquer informação. Dessa forma, fundamental para identificar uma efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos em uma sociedade informatizada é a possibilidade de que o controle sobre o armazenamento e a transmissão de dados possa ser realizado pelo titular da informação de modo amplo, permitindo ao cadastrado uma supervisão tanto em relação à justificação conferida por um interesse público no armazenamento de dados como em relação à justificação de uma transmissão do conteúdo informativo a terceiros. Reconhece-se, como

³ Consideram-se dados nominativos aquelas informações relativas às pessoas físicas identificadas ou identificáveis (no caso, uma identificação direta ou indireta, que possa ser promovida a partir dos dados que se apresentam processados separadamente ou conjuntamente). Os dados nominativos devem corresponder a informações capazes de permitir uma identificação de seus titulares. Ou seja, capazes de criar uma relação de associação a uma pessoa determinada ou determinável em concreto, autorizando, em contrapartida, uma garantia protetiva à sua intimidade e vida privada. Mais recentemente, a doutrina espanhola tem reforçado uma categoria especial de tratamento aos dados denominados como “sensíveis” em face das motivações apresentadas na Diretiva nº 95/46/EC, especialmente em seu item 33. Conferir a discussão específica da matéria em doutrina atualizada de Ortiz, 2002, p. 139.

Especificamente para os fins da Lei nº 12.414/2011, são considerados dados armazenáveis as “informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado” (art. 3º, § 1º). Não são passíveis de armazenamento, para o intuito da lei, as informações consideradas “sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (art. 3º, § 3º, inciso II).

de regra, a possibilidade de interferência do indivíduo no processo de acesso e de correção de dados.

Isto se vê reconhecido, em um primeiro momento, a partir do estabelecimento – inclusive legislativo – de um amplo direito de acesso dos indivíduos às suas informações nominativas. O próprio armazenamento de dados pessoais está informado por um princípio de acesso amplo aos titulares das informações, seja para o reconhecimento de existência do próprio registro, seja para a verificação da extensão, veracidade e correção das informações armazenadas.

Novamente, aqui, a autorização e o interesse público na criação de um banco cadastral interferem na própria extensão a ser considerada para um direito de acesso. Há bancos cadastrais que dispensam a comunicação ao titular da informação, pelo simples fato de que o armazenamento é pressuposto pelo tipo de atividade que desenvolvem em um setor público ou privado. Isto ocorre, por exemplo, em relação a bancos cadastrais de organismos associativos (seguridade social, clubes privados), aos quais o indivíduo, de forma deliberada, forneceu informações pessoais bastante precisas tendo em vista uma finalidade associativa determinada. Neste caso, a relevância do acesso não se fará tão evidente quanto à existência do registro propriamente, mas sim quanto à veracidade, correção e manutenção das informações armazenadas. Diferente, contudo, é a situação de configuração de bancos de cadastro positivo de crédito, gerados a partir de interesses não diretamente estabelecidos pelo cadastrado.

Por isso, ressalta-se a relevância de uma previsão normativa específica, como existente nas Leis nºs 8.078/1990 (art. 43, § 2º) e 12.414/2011 (art. 4º), impondo a comunicação de registro de dados pessoais do consumidor em cadastro de consumo e crédito. No caso de formação de banco cadastral para o qual não fornece o indivíduo pessoalmente o conteúdo informativo – quanto mais, referindo-se, em regra, ao armazenamento de dados desfavoráveis a seus integrantes pela constatação de uma situação de inadimplência no mercado de consumo (art. 43, §§ 4º e 5º, da Lei nº 8.078/1990) –, fundamental é o titular da informação ter, desde logo – e, portanto, desde o momento do armazenamento de uma informação –, ciência de que integra uma listagem informativa. Nesse sentido, inclusive, observa-se o conteúdo da normatização mais recente referente à formação de bancos de cadastro positivo de crédito – referentes a adimplemento e risco de crédito –, esclarecendo que toda a abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento

informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula própria (art. 4º da Lei nº 12.414/2011).

Se o direito de acesso é marcado, inicialmente, por um princípio de conhecimento acerca do armazenamento de dados, é pelo princípio da transparência ou da publicidade que atinge a realização plena de um conceito de autodeterminação informativa. Agostinho Eiras chega a afirmar que um direito mais concreto à autodeterminação informativa se desdobra em outros tantos direitos que visam a assegurar a atuação do indivíduo frente a seu patrimônio informativo:

O direito à autodeterminação informacional é um superconceito que se desdobra em vários outros, a saber: a) o direito de acesso aos ficheiros, que confere ao cidadão o direito a tomar conhecimento de quaisquer registros por forma compreensível, em linguagem clara, isenta de codificação e em prazo razoável; b) o direito de, em certos casos, se opor ao registro de dados e a que essa oposição fique registrada; c) o direito a ser informado acerca do motivo por que lhe é recusado o direito de acesso; d) o direito de ser esclarecido acerca do objectivo que determinou a inserção dos dados no ficheiro; e) o direito de contestação, que engloba [...] a faculdade de exigir a rectificação dos dados armazenados inexactos, a faculdade de exigir a correção dos dados que estejam desactualizados, a faculdade de exigir a eliminação de dados constantes dos registros contra regras ou princípios constitucionais, a faculdade de exigir o cancelamento de dados decorrido determinado período (direito ao esquecimento). (Eiras, 1992, p. 78)

É que não basta saber sobre a existência de um registro de informações pessoais, se, em concreto, não é fornecida ao titular das informações a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente em registro. De fato, ainda que tolerável a formação de bancos de dados com informações negativas em relação ao seu titular – porque considerada relevante a proteção das relações de crédito sob um princípio de lealdade contratual entre os integrantes de um mercado de negócios e de consumo –, não se concebe que essas informações ignorem a realidade factual mais verídica possível, guardada a mesma tônica de

confiança – abstratamente considerada – exigida aos relacionamentos privados. Por isso a necessidade para o indivíduo, como garantia de um amplo direito de acesso às informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, de que não só ele tenha conhecimento quanto à existência de inscrição em banco de dados – conhecendo os elementos e critérios de análise disponíveis para o cruzamento de informações –, como tenha ainda a possibilidade de alterar o conteúdo de um registro não condizente à realidade descrita, independentemente da sua natureza – se de crédito, de consumo, de associação (ideológica, política, religiosa, cultural).

Assim, é também resultante de um amplo direito de acesso o exame da medida de extensão do registro de informações pessoais efetuado. Mais precisamente, aborda-se aqui não apenas a possibilidade de uma restrição sobre o conteúdo informativo, como também a hipótese de pertinência do registro sobre determinado interesse público, pela qualidade da informação. A ideia de qualidade da informação aparece, via de regra, como uma das condições de sustentação e proteção de uma esfera de privacidade, quando analisados modernos sistemas de interconexão de dados pessoais por bancos cadastrais.

A qualidade da informação importa ainda no reconhecimento de um princípio com atuação simultânea, e não menos relevante, relacionado ao tempo de registro das informações pessoais. Fala-se, por isso, no princípio do esquecimento⁴, orientado pela ideia de que o próprio gestor do banco cadastral se compromete a manter atualizados os registros, fiscalizando o tempo de sua

⁴ Como antes já havia anotado, “a disciplina decorre da compreensão de que informações desfavoráveis sobre determinada pessoa não podem permanecer armazenadas em caráter perpétuo, a ponto de prejudicarem outras relações de convívio da pessoa atingida – principalmente relações de consumo –, tendo em vista dados antigos, até mesmo coletados de forma equivocada e sobre os quais não foi exercitado o direito de retificação. A Lei brasileira de Defesa do Consumidor, neste ponto, é específica, prevendo duração máxima de cinco anos para as informações negativas cadastradas em bancos de dados sobre consumo” (Cachapuz, 1997, p. 389). Assim, também, de forma embrionária, em ordenamentos jurídicos de outros países – sendo, na oportunidade, analisada a Lei francesa de 06.08.1978, relativa à Informática, Fichários e Liberdades, bem como o Decreto francês de 17.07.1978, antes mesmo do estabelecimento de uma diretiva comunitária específica à matéria –, verifica-se uma certa tendência a privilegiar-se um princípio de esquecimento como forma de exigir um controle sempre atual sobre os registros de dados nominativos, principalmente quando existe a possibilidade de identificar-se um tempo certo de durabilidade à hipótese de formação de um banco de dados para a finalidade inicialmente proposta: “Em homenagem ao direito ao esquecimento, prevê a Lei de 1978 a possibilidade de que a manutenção de dados nominativos seja restrita ao período previsto na autorização ou declaração (conforme seja tratamento automatizado requerido por serviço particular ou público) conferidas para a criação dos bancos de dados. Procura a Lei, com isso, atender à própria finalidade para a qual foram criados os tratamentos automatizados” (Cachapuz, 1997, p. 389).

permanência. Não por outra razão disciplina a Diretiva nº 95/46/EC, de 24 de outubro de 1995, destinada aos países-membros da Comunidade Europeia, em seu art. 6º, alínea *e*, que o registro de um dado pessoal deve ser armazenado de tal forma que possibilite a identificação da própria relevância de sua manutenção. Vê-se a obrigação, inclusive, de que sejam promovidas formas de resguardo das informações que tenham de ser registradas por um longo período, em razão de sua importância histórica, estatística ou científica.

No caso dos bancos de registro cadastral de dados positivos de crédito – ainda que utilizados para efeito de análise de risco econômico –, a questão é predisposta, especificamente, no art. 14 da Lei nº 12.414/2011, que prevê um tempo de quinze anos de manutenção das informações. Apesar de longo, não se trata de um tempo que permita restaurar situações pretéritas de inadimplemento já alcançadas pela prescrição. É que, no caso, não se pode, em tal espécie de banco, considerar-se o registro de informações negativas relativamente ao inadimplemento contratual que, pelo mesmo princípio de esquecimento, tenham já sido afastadas de armazenamento em bancos cadastrais de inadimplentes. Uma vez prescrita a dívida – o que poderá ocorrer em tempo inferior –, não poderá tal circunstância do passado permanecer onerando uma análise de crédito do cadastrado. Tal tempo de armazenamento só pode ser contabilizado para as obrigações ainda em curso, dependentes de um adimplemento futuro pela própria característica da forma de execução, diferida no tempo.

Também se encontra relacionada a um direito mais amplo de acesso às informações nominativas do indivíduo – que se vejam registradas em banco cadastral – a característica essencial da veracidade do conteúdo informativo armazenado. Isso corresponde, em resumo, à ideia de que todo registro deve preservar uma nota de autenticidade em relação ao seu conteúdo. Ou seja, as informações armazenadas devem ser não apenas precisas como completas.

Nesse sentido, a preocupação da Lei nº 12.414/2011 dirige-se tanto ao conteúdo do que existe informado (os elementos de análise) como em relação aos critérios utilizados para a análise de risco que venha a ser efetuada (as variáveis utilizadas para o cruzamento de informações). Isso é fundamental para que o cadastrado possa compreender eventual situação de restrição à sua liberdade de comércio por terceiros (consulentes), mesmo quando inexistente registro de inadimplemento.

Por fim, é também relacionada à ideia de um direito amplo de acesso a informações nominativas registradas em bancos cadastrais a própria concepção

de correção dos dados. Ou seja, não basta que o registro corresponda a uma situação factual, e, sim, que a informação esteja de acordo com o momento atual de registro, em especial, sobretudo, na hipótese de um parcial pagamento de dívida pelo consumidor, que imponha a atualização dos valores informados ao banco cadastral de relação de consumidores inadimplentes. A correção dos dados informativos é característica complementar à de veracidade das informações, remetendo também a uma possibilidade de retificação de conteúdo informativo quando evidenciado qualquer equívoco em concreto⁵.

Como a concepção de autodeterminação informativa apropria-se de conceitos relacionados tanto a um espaço de interferência marcante do direito de liberdade (esfera privada) como de interferência mais acentuada do direito de igualdade (esfera pública), identifica-se também em um direito de acesso a dados informativos a possibilidade de o indivíduo ter acesso a informações que lhe sejam justificadamente importantes ou de revelação essencial. Abstratamente, a hipótese responde ao conceito de autodeterminação informativa como trabalhado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, pois exige a reciprocidade de conduta a quem se dispõe à liberação dos dados e a quem pretende obter determinado acesso. Ou seja, permite-se, pelo exercício da ponderação, a partir da análise de situações concretas envolvendo direitos fundamentais, que dados nominativos sejam tornados públicos quando suficientemente evidenciada a sua relevância ao interessado. Isso ocorre porque mesmo interesse ideal de acesso atinge toda a coletividade. O exemplo trazido pela Diretiva Europeia de outubro de 1995 é o registro de dados históricos, estatísticos ou científicos que,

⁵ Em relação à correção de dados nas transmissões de informações realizadas nas relações internas dos países, tratamento mais correto tem sido encontrado dentro do sistema alemão de proteção de informações pessoais armazenadas em bancos cadastrais, ao propor a visualização de três efeitos distintos a partir da interferência do indivíduo no controle positivo das informações de que é titular – ou seja, a sua atuação através da retificação propriamente dita, do bloqueio e da supressão ou cancelamento das informações que contenham equívocos. A inovação reside na possibilidade de bloqueio de dados, sempre em caráter temporário, quando duvidosa a correção de determinadas informações ou a permanência de uma finalidade específica para a manutenção dos registros. Enquanto a retificação visa a uma correção e a supressão, ao cancelamento efetivo das informações registradas de forma equivocada ou sem atender a uma finalidade específica – e aqui se ressalva novamente a aproximação à característica da “extensão” da informação registrada –, o bloqueio não possibilita mais o aproveitamento das informações para qualquer fim, ainda que haja discussão sobre a correção dos dados registrados. Excepciona-se apenas a possibilidade de uma utilização da informação que se traduza absolutamente necessária, quando para fins pacíficos, para a superação de uma falha de prova ou com autorização específica da pessoa atingida, por exemplo. A hipótese legislativa restou evidenciada ainda na Lei Federal sobre Proteção de Dados ou *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) de 01.01.1978.

por suas características peculiares, devam ter adequado acesso, útil e rápido, a qualquer indivíduo⁶.

Em decisão proferida na Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relativamente à medida de “autoexposição” (Arendt, 1993, p. 28) pretendida pelo indivíduo, entendeu-se que descabe a empresas de telefonia divulgar dados pessoais de seus assinantes quando não consentida tal ação, pela relação estritamente contratual estabelecida entre as partes. A divulgação é injustificável sob a alegação de prestação de um serviço de atendimento à comunidade. Lê-se em trecho do acórdão:

Quando uma pessoa celebra contrato especificamente com uma empresa e fornece dados cadastrais, a idade, o salário, o endereço, é evidente que o faz a fim de atender às exigências do contratante. Contrata-se voluntariamente. Ninguém é compelido ou é obrigado a ter aparelho telefônico tradicional ou celular. Entretanto, aquelas informações são reservadas, e aquilo que parece ou aparentemente é algo meramente formal, pode ter conseqüências seríssimas. Digamos, uma pessoa, um homem, resolve presentear uma moça com linha telefônica que esteja em seu nome. Não deseja, principalmente se for casado, que isto venha a público. Daí, é o próprio sistema da telefonia tradicional, quando a pessoa celebra contrato, que estabelece, como regra, que seu nome, seu endereço e o número constarão no catálogo; entretanto, se disser que não o deseja, a companhia não pode, de modo algum, fornecer tais dados.⁷

Espera-se, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados

⁶ Conforme o texto do § 34 do preâmbulo da Diretiva nº 95/46/EC, os Estados-membros se encontram autorizados a promoverem o armazenamento de dados sensíveis, cujo registro se encontre justificado pelo interesse público relevante em áreas como a de saúde pública e promoção social, especialmente quando necessários para o aprimoramento de serviços públicos de assistência.

⁷ Brasil, STJ, RHC 8493/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Brasília, DJ de 02.08.1999, p. 224.

informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

A pessoa só consegue constituir um centro de vida interior e só percebe a sua identidade na medida em que se expõe simultaneamente a relações interpessoais construídas pela comunicação e em que se deixa envolver numa rede cada vez mais densa e subtil de vulnerabilidades recíprocas e de necessidades explícitas de protecção. Sob este ponto de vista antropológico, podemos conceber a moral como um dispositivo de protecção que compensa uma ameaça constitucional inerente à própria forma de vida sociocultural. [...] A integridade da pessoa individual reclama a estabilização de um tecido de relações simétricas de reconhecimento, no qual os indivíduos inalienáveis só reciprocamente e enquanto membros de uma comunidade poderão assegurar a sua precária identidade. (Habermas, 1991, p. 215)

Dessa realidade decorre a compreensão de que todo o armazenamento de dados pressupõe transparência dos dados existentes e franca possibilidade de acesso ao cadastrado. Tal conduta por parte de gestores de bancos de dados – principalmente quando privados e com nítido intuito econômico – é o que autoriza o reconhecimento pelo Estado de que terceiros detenham e trabalhem com a informação de dados nominativos alheios, de forma a interferir na liberdade de comércio ou de negócios em sociedade. A ausência de transparência, como verificado na própria fundamentação por vetos parciais à redação originária da Lei nº 12.414/2011, é motivo suficiente a afastar a pretensão de interferência do gestor sobre dados alheios, responsabilizando-o, na medida da necessidade, pelo exercício arbitrário de posição jurídica desempenhada.

2 A SOLUÇÃO JURÍDICA AO ILÍCITO

No caso, muito embora se conheça o âmbito de discussão existente acerca desta matéria no Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul – especialmente em face das divergências de compreensão sobre a questão, como expostas,

exemplificativamente, na Apelação Cível nº 70038911400 -, não há como se afastar, quando ausente a observância em concreto de um direito de acesso às informações (elementos e critérios de análise de risco de crédito por inscrição em banco cadastral positivo de adimplemento, do reconhecimento claro de situação de ilicitude civil, suficientemente caracterizada pela aplicação específica do disposto no art. 187 do Código Civil brasileiro). Trata-se de ilicitude não decorrente da verificação de uma antijuridicidade por força de observação de conduta culposa por parte do gestor de banco cadastral (art. 186 do CC) - aparentemente no exercício de uma liberdade de armazenamento, tratamento e divulgação de informação -, mas justamente de uma ilicitude decorrente do excesso cometido no exercício de uma determinada posição jurídica. Explica-se.

O art. 187 - ao contrário do que se vê exigido pelo art. 186 do CC -, como hipótese de fonte de obrigação civil, preocupa-se em disciplinar caso de conduta ilícita gerada a partir de uma restrição de liberdade imposta pelo caso concreto e só aferível após a solução resultante da análise de um conflito de liberdades. Pelo art. 187 do Código Civil, não se trata, portanto, de caracterizar circunstância abrangida pelo conceito de abuso de direito⁸ - construído, na doutrina, como conceito dogmático residual, para abranger situações de fato não enquadráveis no ordenamento jurídico -, mas de definir causa de ilicitude capaz de servir como fonte de obrigações civis.

Dispensa-se, portanto, a ideia do abuso de direito - com natureza jurídica, progressivamente, construída sobre a ideia de limitação do exercício de direitos -, na medida em que o art. 187 do novo Código Civil passa a disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas pela caracterização da conduta ilícita em si mesma. Confere-se, assim, força à construção da hipótese de ilicitude como causa originária de obrigação civil. Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente - a

⁸ Em um estudo comparado ao art. 334 do Código Civil português, vê-se que neste, ao contrário da interpretação estimulada pela doutrina brasileira, o tratamento dispensado para o abuso de direito é reservado ao campo das invalidades dos atos jurídicos, não servindo, especificamente, à caracterização do ato ilícito. Tal decorre do fato de que, historicamente, procurou a doutrina portuguesa - seguindo uma tradição francesa -, por meio do conceito de abuso de direito, abarcar-se uma série de situações que não encontravam resposta na sistemática clássica do direito civil. Assim se observa na construção de uma tipologia de atos abusivos para situações, inicialmente, não acolhidas normativamente no ordenamento jurídico, como nos casos de *exceptio doli*, posteriormente abrangida pela aplicação do princípio da boa-fé; *venire contra factum proprium*, hoje traduzido pela impossibilidade de contradição no discurso jurídico; abusividades negociais propriamente ditas, referentes a "inalegabilidades formais" (Menezes Cordeiro, 2000, p. 255); *supressio e surrectio* e desequilíbrio do exercício de posições jurídicas, atualmente atendido, de forma suficiente, no caso brasileiro, pelo art. 187.

culpa –, mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem.

Prefere-se entender, portanto, que, enquanto o art. 186 descreve a situação tradicional de configuração de ilicitude civil, o art. 187 inova no CC, tratando de acolher caso de restrição a uma liberdade subjetiva, com força a caracterizar uma hipótese de ilicitude civil e gerar obrigação civil em concreto – mesmo que não necessariamente se trate esta de uma obrigação de indenizar (art. 927 do CC).

Uma vez que se reconhece, para o enunciado normativo do art. 187 do CC, hipótese de ilicitude em que se vislumbra a ocorrência de uma restrição a determinada liberdade jurídica com capacidade de gerar obrigações civis, passa-se a questionar se é possível definir os elementos que condicionam, de forma ideal, a análise da conduta avaliada em concreto no enunciado normativo. Ou seja, indaga-se se há como descrever, antecipadamente, o que se torna esperado da conduta humana em determinada situação de conflito de liberdades, no sentido de que venha ela (a conduta), concretamente, a atender ao que seja definido por fim econômico ou social, por boa-fé ou por bons costumes. Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, pela análise de seu impulso de autoexposição e da extensão do seu *querer aparecer* (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social).

Se há a pretensão doutrinária de potencializar um direito geral de liberdade e de compreender que os conceitos jurídicos devem estar abertos à experiência jurídica⁹, cumpre que se confira força ao conceito de ilicitude como proposto de

⁹ Não se pode exigir do ordenamento jurídico – sob pena de fechar-se a estrutura normativa à própria ideia de diversidade cultural – que deduza de casos hipotéticos uma premissa jurídica universal. A

forma ampla no art. 187 do CC, identificando nele fonte de obrigações civis. No caso, não exclusivamente fonte de uma obrigação indenizatória, para a qual se exige, além do ilícito, a ocorrência do dano (art. 927 do CC). Mas, inclusive, fonte de obrigação civil que resulte em tutela diversa, seja de caráter inibitório, seja de caráter mandamental.

Assim, na espécie, entende-se que a conduta dos gestores de bancos de dados de cadastros positivos, ao realizarem o cadastro, sem autorização e conhecimento do cadastrados – titulares dos dados inscritos –, por meio de informações não divulgadas e baseada em elementos e critérios não especificados, e, principalmente, ao disponibilizá-lo a seus associados (consulentes), como instrumento na avaliação para concessão do crédito, configura-se em um exercício arbitrário e excessivo de uma determinada posição jurídica, permitindo a caracterização de uma conduta ilícita para os fins do que dispõe o art. 187 do CC. Reconhece-se, na hipótese, que a ausência de transparência e publicidade ao banco de dados – ausente livre acesso inclusive para a correção de informações cadastrais de caráter nominativo do indivíduo –, aliada à inexistência de qualquer controle ao armazenamento da informação – inclusive para efeito de aplicação de um princípio de esquecimento –, permite a distorção da informação de forma indevida, possibilitando ao juiz, independentemente de exame do conteúdo da informação cadastrada, o pronto reconhecimento quanto à necessidade de exclusão do nome do cadastrado de qualquer banco cadastral de crédito.

Ademais, não se trata de sistematização de dados em banco cadastral que tenha sido elaborada em caráter reservado para consumo final pelo próprio detentor da informação – o que ingressaria em sua esfera única de liberdade contratual. Aqui se está a tratar de comércio e troca de informações nominativas potencialmente desabonadoras ao consumidor – estabelecendo pontuação ao consumidor conforme a regularidade de seu crédito –, para as quais se desconhece a plena publicidade por parte do órgão gestor, nessa medida responsável pelo controle e organização das informações de forma ampla. Daí a sua responsabilidade pelo ilícito cometido, nos termos da Lei nº 12.414/2011, sem prejuízo do que igualmente dispõe o art. 43 da Lei nº 8.078/1990 e independentemente do próprio alcance atingido pela informação no âmbito externo.

ideia deve ser, ao contrário, permitir que o conhecimento empírico contribua, pela experiência jurídica trazida em concreto, à universalidade, mas não que a determine.

Não há, contudo, pelo simples reconhecimento de um ilícito, que se compreenda a existência de um dano indenizável para as hipóteses de reconhecimento de violação às disposições normativas da Lei nº 12.414/2011. Tratando-se de hipótese de ilícito fundado no art. 187 do CC, em que dispensada é a caracterização do elemento da culpa – circunstância jurídica própria à caracterização da ilicitude prevista no art. 186 do CC –, vê-se que, para fins indenizatórios, imprescindível é que seja identificado, em face do caso concreto, um dano inequívoco a ensejar a pretensão indenizatória para os fins do art. 927 do CC.

O que se torna essencial ao cadastrado prejudicado com a ausência de conhecimento do registro de seus dados é que demonstre, pelo fato de ter ocorrido a publicização do tratamento da informação, uma perda significativa e efetiva no mercado financeiro ou de trabalho em face da manutenção de seus dados em cadastro positivo de análise de crédito. O simples armazenamento, sem publicização ampla e sem demonstração de geração de um dano específico, é incapaz de autorizar o reconhecimento de uma violação a direito de personalidade próprio, afastando, por consequência, a pretensão indenizatória exposta na inicial. Ademais, se basta o ilícito do art. 187 do CC para possibilitar a exclusão do nome do demandante de banco cadastral como o referido, é pressuposto ao dever de indenizar, nos termos do art. 927 do CC, a ocorrência do dano. Não demonstrada a publicização ampla e aberta dos registros ou mesmo a comprovação de uma perda de chance em caráter específico, não há como se acolher qualquer pretensão indenizatória específica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a realidade normativa nova que se impôs com o texto da Lei nº 12.414/2011, espera-se, em verdade, a partir da concepção de uma autonomia informativa, que haja uma reciprocidade ideal de comportamento na esfera pública de todos os que participem de um movimento de troca de informações, principalmente quando se configura hipótese de armazenamento de dados em bancos cadastrais que visam a estabelecer um tratamento especial à informação, observada a autorização legal para o cruzamento de dados e a avaliação de crédito com base em elementos e critérios eleitos pelo próprio gestor do banco cadastral.

Tal realidade impõe a necessidade de transparência ao processo de armazenamento, tratamento e divulgação dos dados. Primeiro, porque toda restrição à liberdade de transmissão de informações, apoiada em princípios

de conhecimento, qualidade, esquecimento, veracidade e correção dos dados informativos, não interessa exclusivamente ao titular da informação, e, sim, a toda coletividade, para ter acesso aos dados armazenados. Segundo, porque a exigência de reciprocidade envolve tanto o interesse, puro e simples, de restrição de uma liberdade como a promoção de uma conduta responsável a todo aquele que se dispõe, reciprocamente, a participar do espaço de troca de informações.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar* 2. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação. *Ajuris*, a. XXIV, v. 70, jul. 1997.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português, parte geral*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, t. I, 2000.

EIRAS, Agostinho. *Segredo de justiça e controlo de dados pessoais informatizados*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

ORTIZ, Ana Isabel Herrán. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Madrid: Dykinson, 2002.

