

## **A comercialização de dados cadastrais do consumidor e a ponderação em face da colisão entre os direitos fundamentais à privacidade e ao livre acesso às informações: análise de um caso**

**JANAINA DE CARLI DOS SANTOS**

Promotora de Justiça, aluna do curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos da ESMP

**RESUMO:** O artigo aborda o tema da comercialização de dados cadastrais do consumidor, prática comum nos dias atuais por parte de fornecedores de produtos e serviços, principalmente nas relações de consumo decorrentes dos contratos de adesão. Tendo como ponto de partida um caso concreto, o trabalho disserta sobre a colisão que se forma entre o direito fundamental à privacidade do consumidor que tem os seus dados pessoais repassados e a garantia constitucional de livre acesso às informações, apresentando, ao final, uma solução ao problema, com base na ponderação entre princípios.

**PALAVRAS-CHAVE:** comercialização, dados, consumidor, privacidade, princípios, ponderação

### **I. INTRODUÇÃO**

No ano de 2006, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, através da 1ª Promotoria de Justiça Especializada de Caxias do Sul, instaurou Inquérito Civil com o objetivo de investigar possível prática abusiva por parte de empresa de expressão nacional no ramo de editoração e assinaturas de revistas, que estaria repassando dados cadastrais de um dos seus assinantes

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 60	ago./2007/abr./2008	p. 235-246
-------------------------------------	--------------	-------	---------------------	------------

para terceiro, pessoa jurídica, que por sua vez enviou mala direta à residência do referido consumidor.

Durante as investigações, constatou-se a comercialização de dados cadastrais de um número bastante significativo de consumidores/assinantes da empresa investigada, residentes em Caxias do Sul/RS, feita pela editora à pessoa jurídica estranha à relação de consumo entre as partes.

Em manifestação anexa aos autos do inquérito, alegou a empresa investigada, dentre outras considerações, que a legislação consumerista brasileira não proíbe a comercialização de dados cadastrais dos consumidores, e que no contrato de assinatura de revista consta cláusula prevendo a possibilidade de repasse de dados do cadastro do assinante a “empresas parceiras” da editora, sendo que, caso o consumidor assim não desejasse, deveria entrar em contato com a empresa para o não repasse de seus dados.

O caso em questão demanda reflexões.

Nos dias atuais, a economia globalizada e o acesso à informação informatizada permitem o armazenamento de dados de maneira cada vez mais fácil e rápida. Muitas entidades privadas possuem um extenso número de informações sobre seus consumidores e armazenam muitos dados, sem que exista um controle efetivo sobre os mesmos. Os cidadãos, frequentemente, são surpreendidos com o recebimento de correspondências, e-mails, telefonemas, nos mais variados dias e horários, sem ter o conhecimento de como os seus dados foram obtidos pelos fornecedores de produtos ou serviços.

Diante desta problemática, e a partir do referido caso concreto, o que se propõe no presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, é tecer alguns comentários acerca da disciplina da comercialização de dados cadastrais dos consumidores em nosso ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, buscando apontar uma solução adequada ao problema, com a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, em face do conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e ao livre acesso às informações.

## II. PRINCÍPIOS E REGRAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

A aplicação do Princípio da Proporcionalidade diante da colisão entre direitos fundamentais passa, necessariamente, pelo entendimento da conceituação e diferenças entre os princípios e as regras.

Princípio em sentido estrito, segundo Dworkin<sup>1</sup>, seria “um estândar que tem de ser observado, não porque favoreça ou assegure uma realização econômica, política ou social que se considere desejável, senão porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>2</sup>

Para Alexy, princípios e regras são normas jurídicas, sendo que os princípios seriam *mandados de otimização*, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto que as regras, por sua vez, contêm *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível, sendo aplicáveis à maneira de disjuntivas<sup>3</sup>; são normas jurídicas que, sendo válidas, somente podem ou não serem aplicadas.<sup>4</sup>

Os princípios, portanto, poderiam ser comparados a *pilares de um edifício*<sup>5</sup>, que servem como base do sistema jurídico, atuando como diretrizes orientadoras deste sistema. Os princípios definem fins a serem atingidos, já as regras estabelecem meios e determinam comportamentos a eles adequados de modo mais preciso e definido.<sup>6</sup>

No caso das regras, se antagônicas, uma delas deverá ser excluída do sistema em questão. Conforme as teorias de Dworkin e Alexy, um conflito de regras somente pode ser solucionado, ou bem introduzindo em uma delas uma cláusula de exceção, eliminando o conflito, ou declarando pelo menos uma das regras inválida.<sup>7</sup>

Com os princípios é diferente, eles convivem no mesmo sistema, mesmo que entre eles haja, eventualmente, uma antinomia.

No caso de colisão entre princípios, já que estão abstratamente no mesmo nível, procede-se à ponderação, definindo-se qual dos princípios, diante das circunstâncias do caso concreto, terá maior peso e prevalecerá ao outro.

---

<sup>1</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33

<sup>2</sup> Para Dworkin, o conceito de princípio em sentido lato, que seria o “conjunto de estândares que não são regras”, compreende dois tipos de princípios: princípio em sentido estrito e determinação de objetivo estatal, que é um “tipo de estândar que propõe um objetivo que tem de ser alcançado; geralmente, uma melhora em algum nível econômico, político ou social da comunidade”.

<sup>3</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. Cit., p. 39.

<sup>4</sup> DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. Direitos Fundamentais - Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 29.

<sup>5</sup> BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 24.

<sup>6</sup> DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. Op. Cit. p. 31.

<sup>7</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. Cit., p. 40/41.

As normas jusfundamentais<sup>8</sup>, segundo Alexy, possuem caráter duplo, podendo ser consideradas normas tanto do tipo regra quanto do tipo princípio. Quando estabelecem direitos com limites de certa maneira “abertos” serão consideradas princípios e, nesse caso, havendo colisão, um cederá ao outro no caso concreto após a ponderação.

Por outro lado, quando estabelecem algo já determinado pela ponderação feita pelo legislador constituinte, indo além de razões *prima facie*, estabelecendo razões definitivas, serão normas jusfundamentais caracterizadas como regras.<sup>9</sup>

Apesar de sustentar o caráter duplo das normas jusfundamentais, para Alexy, as normas instituidoras de direitos fundamentais são essencialmente princípios.<sup>10</sup>

Como já referido, não existe, abstratamente, precedência absoluta de um princípio em relação a outro, em razão das imensuráveis situações fáticas e jurídicas diante das quais deverão ter aplicação. Na existência de colisão entre princípios, deve-se verificar, por intermédio da ponderação, qual princípio, no caso, deverá ceder ante a aplicação do outro.

Dessa forma, na hipótese de colisão principiológica, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para se definir qual princípio terá prevalência ante os pressupostos fáticos e jurídicos apresentados.

O princípio da proporcionalidade subdivide-se em subprincípios: “**adequação** ou idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, **necessidade** desse meio (um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor) e **proporcionalidade em sentido estrito** (o postulado da ponderação, propriamente dito)”.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> O autor refere que os conceitos de *dispositivo*, *norma* e *direito* fundamental são correlacionados, mas diversos entre si. Os dispositivos são o enunciado semântico ou programa da norma, tal como enunciado no texto constitucional; norma é o resultado da interpretação do enunciado semântico do dispositivo que veicula o respectivo comando textual; já direito fundamental seria a conclusão final após uma primeira etapa de exame do dispositivo e norma, e segunda etapa, de análise da norma à luz das teorias dos limites e restrições (tratadas na obra do autor), verificando-se se a hipótese fática do caso concreto goza de proteção jusfundamental. Em caso positivo, obtém-se o direito fundamental. (DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. Op. Cit. p. 26).

<sup>9</sup> DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. Op. Cit. p. 32. É o caso do inciso XX do artigo 5º da Constituição Federal, que institui o princípio da liberdade de associação, enquanto que o inciso XVII do mesmo artigo, que veda a associação de caráter paramilitar, é considerada uma regra, pois resultante de ponderação feita pelo próprio legislador entre o princípio da liberdade de associação e o direito fundamental à segurança e manutenção da ordem pública e paz social.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 169

<sup>11</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Op. Cit., p. 47

De acordo com o princípio da adequação, deve-se verificar, no caso concreto, se o meio empregado para a restrição ou afetação desvantajosa ao direito fundamental é apto a promover o resultado almejado.<sup>12</sup>

A aplicação dos subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo ocorre de forma subsidiária. Em virtude disso, se for constatado que o meio empregado para limitar o direito fundamental não foi idôneo, conclui-se que a restrição não é constitucionalmente adequada e, portanto, ofende o dever de proporcionalidade, não necessitando seguir adiante no exame dos outros dois subprincípios.<sup>13</sup>

No exame da necessidade do meio, será considerado necessário caso o seu fim não possa ser atingido de outra maneira que afete ou restrinja menos o direito fundamental. Havendo excesso, pela existência de meio mais idôneo, que produza igual ou melhor resultado com menor restrição, considerar-se-à a medida desproporcional, em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Por sua vez, no caso do exame da proporcionalidade em sentido estrito, o que se analisa é a “relação custo benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais dele decorrente”.<sup>14</sup>

A proporcionalidade em sentido estrito seria a ponderação propriamente dita diante da colisão entre direitos fundamentais, exigindo equanimidade na distribuição dos ônus que se farão sentir nos direitos fundamentais afetados<sup>15</sup>, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto.

### III. A EFICÁCIA HORIZONTAL E IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISCIPLINA DO REPASSE DE DADOS CADASTRAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90 - disciplina, em seu artigo 43, a matéria relativa aos bancos de dados e cadastros de consumidores.

Os cadastros de consumo podem se distinguir em positivos, quando se prestam ao conhecimento de dados do consumidor para fins de oferta de bens e serviços, e negativos, quando servem à imposição de restrições, como no caso dos cadastros do SPC e SERASA.<sup>16</sup>

Diante da previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, pode-se dizer que a lei não veda, a princípio, a criação de bancos e cadastros de consumidores.

---

<sup>12</sup> DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. Op. Cit. p. 208.

<sup>13</sup> Ibidem, p.207 e 209.

<sup>14</sup> Ibidem, p.211.

<sup>15</sup> DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. Op. Cit. p. 211.

<sup>16</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. Cadastros de Consumo: Privacidade e Direito do Consumidor.

No entanto, prevê o artigo 43 do CDC regras para o funcionamento desses bancos e cadastros de consumo, estabelecendo que “são considerados entidades de caráter público”<sup>17</sup>, dispondo sobre regras de acesso do consumidor às informações existentes em cadastros (art. 43, *caput*) e possibilidade de retificação dos dados (§3º), de comunicação do consumidor acerca da inclusão de seus dados em banco ou cadastro de consumo (§2º), estabelecendo, ainda, o dever de transparência e objetividade dos cadastros (§1º, primeira parte). O referido artigo determina, também, prazo de cinco anos para que as informações possam ser armazenadas (§1º, segunda parte), e que os serviços de proteção ao crédito estão impedidos de fornecer informações que impeçam ou dificultem novo acesso a crédito do consumidor junto aos fornecedores, se a dívida já estiver prescrita (§5º).

Em relação à comercialização de dados cadastrais de consumidores, ainda que se discuta a necessidade de uma legislação específica para o tratamento das informações pessoais pelos bancos de dados<sup>18</sup>, em especial os informatizados, o ordenamento jurídico em vigor é suficiente para regular os conflitos oriundos do repasse de dados.

O direito fundamental à privacidade, previsto no artigo 5º, X, da Carta Magna, por sua *força irradiante*<sup>19</sup>, deve servir de base para a interpretação da legislação ordinária consumerista, opondo-se às relações na esfera privada, quando da comercialização ou repasse de dados dos consumidores de forma indevida.

<sup>17</sup> Art. 43, §4º - “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público”.

<sup>18</sup> Em monografia sobre o tema, Rodrigo Zasso Schemkel refere que não há limites concretos estabelecidos *a priori* para regular a questão, necessitando o Brasil de legislação específica sobre o assunto, já que o CDC está adstrito às relações de consumo e o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF) exclui de sua aplicação os bancos de dados privados e exige prova da recusa da administração. Cita, na mesma corrente, os entendimentos de Danilo Doneda e William Smith Kaku, que também sustentam a necessidade de legislação específica. Têmis Limberger (O Direito à Intimidade do Cliente Bancário – uma Proposta de Interpretação Conjugando a Sistemática Constitucional, Consumerista e Civilista. *In Revista do Ministério Público* nº 48, p. 253) afirma que “as relações privadas de não-consumo estão à margem de proteção da disciplina legal específica, restando ao jurista o desafio da construção”. Cita a autora, em obra sobre o tema, a existência de projetos legislativos que visam disciplinar a matéria de proteção de dados, em especial o projeto de lei do Senado nº 321/2004.

<sup>19</sup> Para Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 400), “as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais”. Segundo Calil de Freitas (DE FREITAS, Luiz Fernando Calil. *Op. Cit.* p. 41), é a possibilidade de os direitos fundamentais impulsionarem e dirigirem a aplicação e interpretação do direito ordinário; uma espécie de interpretação conforme os direitos fundamentais.

É a chamada “eficácia horizontal”<sup>20</sup>, ou privada, dos direitos fundamentais, no sentido de que tanto o Estado quanto os particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, encontram-se vinculados aos direitos fundamentais. A comercialização de dados cadastrais enseja, portanto, a aplicação direta do direito fundamental à privacidade nas relações entre consumidores e fornecedores, atuando a norma jusfundamental como balizador para a interpretação do Código de Defesa do Consumidor diante da criação de bancos e cadastros de dados positivos, e sua utilização.

Para Cláudia Lima Marques, “a prática de informar e organizar dados sobre os consumidores, de “comprar” informações destes bancos e de repassá-las é, hoje, pois, uma realidade, mas os limites do CDC estão muito claros e as ilicitudes possíveis desta prática comercial são muitas”.<sup>21</sup>

O repasse indevido de dados cadastrais dos consumidores, além de afrontar ao direito fundamental à privacidade, é prática abusiva, nos termos do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Benjamin, “o uso consentido individualmente e referendado legalmente desses registros é, pois, tão-só aquele que esteja em conformidade direta com as circunstâncias do negócio jurídico de origem”.<sup>22</sup>

Isso significa dizer que, quando o consumidor informa seus dados pessoais para um ato qualquer de consumo, como a assinatura de uma revista ou abertura de uma conta bancária, por exemplo, o seu consentimento no repasse dos dados vale somente para aquele fim, não autorizando que o fornecedor possa comercializá-los como bem entender, pois, além de ser uma ofensa à boa-fé objetiva do consumidor<sup>23</sup>, é ato ilegal e abusivo.

Conclui-se: interpretando-se a legislação infraconstitucional e os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor da vulnerabilidade

---

<sup>20</sup> Têmis Limberger critica a expressão “eficácia horizontal”, sustentando que, “apesar de as relações situarem-se na esfera privada, não estão necessariamente na mesma categoria”, dando como exemplo uma grande empresa e os trabalhadores ou as instituições financeiras e seus clientes. (LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39)

<sup>21</sup> Cita a autora decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 1790-5/DF: “3. A conveniência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia de massa: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas, para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 831).

<sup>22</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto/ Ada Grinover ... - 7ª ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 368.

<sup>23</sup> Para Cláudia Lima Marques, a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC. Salienta a autora que o caput do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor menciona, além da transparência, a harmonia das relações de consumo, que será buscada através da exigência de boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor. (MARQUES, Cláudia Lima. *Op. Cit.* p. 799).

e boa-fé objetiva (artigo 4º, incisos I e III, do CDC) à luz do direito fundamental à privacidade, pode-se dizer que o CDC assegura a proteção aos consumidores de forma ampla, tanto em relação aos bancos e cadastros de dados positivos quanto negativos, aplicando-se as regras de comunicação prévia, acesso e retificação também aos cadastros não restritivos.

Além disso, o consumidor deve ser informado sobre a finalidade da coleta dos dados solicitados e, no caso de comercialização, é imperativo o prévio e expresso consentimento do consumidor, sob pena de responsabilização pela invasão não autorizada de sua privacidade.

Importante ressaltar, ainda, que no caso de comercialização indevida, a responsabilidade será solidária do banco de dados que coleta as informações e da empresa (ou pessoa física) que os adquire. Dessa forma, todas as comunicações estabelecidas com base em cadastros adquiridos de terceiro devem propiciar ao consumidor recipiente “os elementos necessários à identificação da fonte cadastral, isto é, o local onde as anotações estão arquivadas e à disposição de quem quiser pagar para tê-las”.<sup>24</sup>

#### IV. A COMERCIALIZAÇÃO DE DADOS CADASTRAIS DO CONSUMIDOR E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE DIANTE DA COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E AO LIVRE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES:

Em matéria de comércio de informações constantes em bancos de dados, presente o conflito entre os direitos fundamentais à privacidade, expresso no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal<sup>25</sup>, e ao livre acesso às informações, garantido nos incisos IV, IX, XIV e artigo 220 da Carta Magna.

Celso Lafer define o direito à privacidade como

(...) o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Op. Cit. p. 368

<sup>25</sup> Art. 5º, inc. X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Rodrigo Zasso Schemkel, em monografia já citada, aponta vários outros incisos do artigo 5º, que tratam diferentes aspectos da privacidade, tais como: incisos III, XLIII, V, IV, VI, XI, XII, XXVII, XLIX, XXXIII, LXXII e VIII.

<sup>26</sup> SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. Violação do Direito à Privacidade pelos Bancos de Dados Informatizados. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7309> Acesso em 05 mar. 2007.

Para Celso Ribeiro Bastos, seria

a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.<sup>27</sup>

O direito à intimidade, segundo Têmis Limberger, deriva da dignidade da pessoa humana e “limita a intervenção de outras pessoas e dos poderes públicos na vida privada”.<sup>28</sup>

A Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU, de 1948, reconhece a privacidade como direito fundamental, prescrevendo, em seu artigo 12, que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação”, tendo contra tais intromissões ou ataques direito à proteção da lei.<sup>29</sup>

A liberdade de expressão e informação, por sua vez, como uma das características do regime democrático, está assegurada no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama que toda a pessoa tem “direito à liberdade de opinião e expressão” e que “este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras”.<sup>30</sup>

A sociedade global e informatizada dos dias atuais tornou facilitada a forma de captação e armazenamento de dados pessoais. Estes dados, por traduzirem aspectos da personalidade e revelarem perfis de consumo, possuem valor econômico e importância para a publicidade e para o comércio. Por essa razão, cada vez mais comum a comercialização de informações constantes em bancos ou cadastros de consumidores, tal como ocorreu no caso paradigma, referido ao início do presente trabalho.

Ocorre que, se de um lado existe a necessidade de se proteger o direito fundamental à privacidade destes consumidores, de outro, deve-se preservar a garantia de livre acesso às informações da entidade privada que pretende repassar os dados, direito fundamental que, como já visto, inclui a liberdade de receber e transmitir informações por quaisquer meios, sem interferências.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*

<sup>28</sup> A autora diferencia intimidade e privacidade. Esta seria mais ampla e genérica, e abrange as situações em que não se pode evitar a comunicação, como no caso da inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

A intimidade é o âmbito mais exclusivo que alguém reserva para si, do qual não deseja repercussão social.

<sup>29</sup> *In* <http://www.dhnet.org.br/inedex.htm>

<sup>30</sup> *Ibidem*

Presente, pois, uma colisão entre princípios, que deve ser solucionada com a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, no caso concreto, em que um dos direitos fundamentais irá prevalecer, sem, no entanto, aniquilar-se o conteúdo do outro princípio.

No caso paradigma, houve a comercialização de um elevado número de dados pessoais de consumidores, assinantes de uma revista. Alega a empresa fornecedora que o consentimento dos mesmos se deu de forma tácita, já que consta no contrato de assinatura cláusula prevendo a possibilidade de repasse de dados do cadastro do assinante a “empresas parceiras” da editora, sendo que, caso o consumidor assim não desejasse, deveria entrar em contato com a empresa para o não repasse de seus dados.

A fim de se preservar efetivamente o direito fundamental à privacidade dos assinantes, não basta o consentimento tácito, sob pena de afronta ao primeiro dos subprincípios da Proporcionalidade: o meio adequado.

Ora, é notório que estes contratos de assinatura de revistas, assim como inúmeros na sociedade atual, são contratos de adesão<sup>31</sup>, padronizados, cujas cláusulas são previamente definidas pelo fornecedor. Na prática, o consumidor, quando do momento da contratação, não discute ou analisa detidamente as cláusulas contratuais; até mesmo pela falta de tempo da vida moderna, ele firma o negócio jurídico com o representante do fornecedor (na maioria das vezes pessoas especialmente treinadas com esse objetivo, como operadores de telemarketing ou promotores de venda, que possuem limitado conhecimento do contrato e geralmente expõem ao consumidor apenas alguns aspectos do negócio) e tem acesso à cópia do contrato, sem, no entanto, lê-lo e analisá-lo com atenção para, somente após, realizar a contratação.

Dessa forma, entender que basta uma cláusula contratual inserida no contrato de adesão (sequer de forma destacada das demais), prevendo que o consumidor, se não quiser autorizar a comercialização de seus dados, deverá entrar em contato com a empresa fornecedora (por sistema de 0800, cujas dificuldades de acesso são notórias), é o mesmo que aceitar, na prática, o repasse de dados do consumidor sem o seu consentimento, aniquilando um dos direitos fundamentais em conflito, qual seja, a privacidade do indivíduo consumidor.

Para que se considere adequada a restrição ao direito fundamental ao livre acesso à informação do fornecedor, atingindo ao fim a que se destina, preservando-se a privacidade do consumidor, o consentimento para a

---

<sup>31</sup> “Aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.” (MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit. p. 71).

comercialização dos dados cadastrais deve ser prévio e expresso: o consumidor precisa saber que existe a possibilidade de repasse, quais os dados que poderão ser repassados e para quem, não bastando o fornecedor referir, genericamente, a possibilidade de comercialização a “empresas parceiras”, por exemplo.

E nem se sustente que essa exigência não é necessária, pois não há outra forma de se permitir o repasse de dados e ao mesmo tempo preservar o direito fundamental à privacidade.

Ademais, deve-se levar em conta que é bastante lucrativo para a entidade que comercializa os dados essa atividade. Na realidade, ela lucra duas vezes: uma quando contrata com o consumidor (a assinatura da revista, no caso concreto), e outra quando utiliza os dados pessoais do consumidor para a comercialização com terceiros. É razoável, então, que arque com o ônus de se buscar o prévio e expresso consentimento do consumidor para autorizar sua conduta.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou, a partir de um caso concreto, e sem a pretensão de esgotar o tema, alguns aspectos da prática cada vez mais comum no mercado de consumo atual, de armazenamento e comercialização de dados cadastrais de consumidores, que não será de fato controlada com a simples proibição da conduta, ainda mais em uma sociedade informatizada, em que o acesso e transmissão de informações tornou-se rápido e sem maiores dificuldades.

Resta o conflito entre o direito fundamental à privacidade destes consumidores, que deve ser efetivamente preservado, e a garantia de livre acesso às informações, questão que pode ser resolvida com a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, prevalecendo um dos direitos colidentes no caso concreto, sem que se aniquile o outro.

Têmis Limberger, em obra sobre o tema, analisa com muita propriedade o desafio de se solucionar esse conflito:

O comércio e intercâmbio de informação e de dados são necessários, são quase uma demanda da sociedade atual, e por isso impõe-se a tutela dos direitos fundamentais. A globalização pressupõe uma economia sem fronteiras e sem regulamentação. No entanto, não se pode desprezar anos de construção de direitos fundamentais e mudar tudo isso por uma única lei: a lei de mercado e a ilusão de que o mercado tudo regulará. O grande desafio que se impõe no plano dos direitos fundamentais é como fazer com que não somente o capital e os bens de consumo circulem em todo o mundo, mas também os direitos.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> LIMBERGER, Têmis. Op. Cit., p. 33

## VI. CONCLUSÕES ARTICULADAS:

1. Princípios e regras são normas jurídicas; no caso de conflito entre regras, se antagônicas, uma exclui a outra. Já os princípios convivem no mesmo sistema, mesmo que entre eles haja, eventualmente, uma antinomia. Havendo colisão entre princípios, já que estão abstratamente no mesmo nível, procede-se à ponderação pela aplicação do Princípio da Proporcionalidade, definindo-se qual dos princípios, diante das circunstâncias do caso concreto, terá maior peso e prevalecerá ao outro;

2. O Código de Defesa do Consumidor não veda a criação de bancos e cadastros de consumidores, mas prevê regras para o seu funcionamento. O direito fundamental à privacidade aplica-se às relações entre fornecedores e consumidores, e deve servir como balizador para a interpretação do Código de Defesa do Consumidor aos casos de repasse indevido de informações constantes em bancos ou cadastros de dados;

3. A comercialização de dados cadastrais de consumidores só é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro com o prévio e expresso consentimento do consumidor, sob pena de ser considerada prática abusiva e afronta ao direito fundamental à privacidade.

## REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*/ Ada Grinover ... - 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001
- BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999
- DE FREITAS, Luiz Fernando Calil,. *Direitos Fundamentais - Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007
- FARENA, Duciran Van Marsen. *Cadastros de Consumo: Privacidade e Direito do Consumidor*. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- LIMBERGER, Têmis. *O Direito à Intimidade na Era da Informática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2006
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006
- SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. *Violação do Direito à Privacidade pelos Bancos de Dados Informatizados*. Jus Navegandi, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7309> Acesso em 05 mar. 2007.