

DIREITO DO CONSUMIDOR

O DIREITO À INTIMIDADE DO CLIENTE BANCÁRIO Uma proposta de interpretação conjugando a sistemática constitucional, consumeirista e civilista.*

Témis Limberger

Promotora de Justiça/RS. Mestre pela UFRGS
e Doutoranda pela Universidade Pompeu Fabra, em Barcelona.
Professora de Direito Constitucional na PUC/RS,
e membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Brasilcon.

Sumário: 1.Introdução – 2. A intimidade frente à informática e seu aspecto comercial – 3. Disciplina no direito brasileiro – 4. A intimidade do cliente de banco – 5. A previsão da privacidade no novo CCB – 6. Da responsabilidade: 6.1 Referente à responsabilidade pela comunicação; 6.2 Da construção da responsabilidade, a partir dos dispositivos do CDC; 6.3 Referente aos valores e critérios a serem fixados no dano moral – 7. Da impossibilidade de registro, enquanto pendente discussão judicial – 8. Direito ao esquecimento – 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Recente notícia ressalta o que aqui pretende se desenvolver: “Loja filma todas as reações de seus consumidores”. Diante da constatação de que as pessoas omitem ou alteram informações quando são perguntados em pesquisas de consumo, determinada Loja de Departamentos² resolveu colocar centenas de câmeras de circuito interno de TV, microfones ultrasensíveis e uma central de última

* Palestra proferida no 6º Congresso de Direito do Consumidor, Maceió, em 30/5/02.

¹ Jornal Folha de São Paulo, 16/6/02, p. A 23.

² Loja *Once Famous*, em Minneapolis (Estado de Minnesota).

geração onde se concentram monitores. Os consumidores são filmados em todas as suas reações: quanto tempo uma pessoa ficou parada diante de um produto, qual o cartaz de ofertas que foi mais observado, qual a sua expressão facial diante das mercadorias e qual a sua reação diante dos preços. O consumidor é observado como um peixe num aquário. Como advertência aos que entram na loja foi colocado um cartaz com os seguintes dizeres: "Este lugar está sendo filmado para testes; se isso o incomoda, volte quando este aviso não estiver aqui"³. Ressalta-se que o cartaz está quase sempre no local. Segundo as leis do Estado, os proprietários podem filmar e gravar o quanto quiserem, desde que fiquem longe dos provadores.

Até que ponto um pequeno cartaz é suficiente para advertir os consumidores? O consentimento para a captação dos dados está atendido? Saliente-se que, outras vezes, pode haver câmeras em locais sob o pretexto de vigilância, quando em realidade as imagens servem para observar o perfil de consumo, em um completo desvio de finalidade.

Os publicitários perceberam que num questionário o consumidor pode alterar as informações, seja sonhando as que entender inadequadas, ou respondendo perguntas de forma inverídica. Assim, com as filmagens, a privacidade do consumidor está sendo fortemente invadida, visto que é mais devassada do que se preenchesse um formulário.

A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina no valor econômico que os dados possuem, ou seja, pela possibilidade de sua comercialização. Diante das novas técnicas da informática, a intimidade adquire outro conteúdo. Visa-se resguardar o cidadão com relação aos dados informatizados. Um arquivo informatizado pode guardar um número quase ilimitado de informações. Assim, o indivíduo que confia seus dados deve contar com a tutela jurídica para que sejam utilizados corretamente, quer se trate de um organismo público ou privado.

As novas tecnologias convertem a informação em uma riqueza fundamental da sociedade. A função da intimidade no âmbito informático⁴ não é apenas proteger a esfera privada da personalidade,

³ Jornal Folha de São Paulo, 16/6/02, p. A 23.

⁴ A respeito dos reflexos da INTERNET nas modernas relações de consumo, v. MARQUES, Cláudia Lima. "A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros

propiciando que o indivíduo não seja incomodado, por meio da má utilização de seus dados. Pretende-se evitar, outrossim, que o cidadão seja transformado somente em números⁵, tratado como se fosse uma mercadoria, esquecendo-se de seus aspectos subjetivos.

2. A INTIMIDADE FRENTE À INFORMÁTICA E SEU ASPECTO COMERCIAL

Os dados traduzem aspectos da personalidade, reveladores do comportamento e preferências, permitem até traçar contornos psicológicos. Desta maneira, pode-se detectar hábitos de consumo que têm importância para a propaganda e o comércio. Desenha-se o perfil de consumo. Através desses, é possível produzir uma imagem total e pormenorizada da pessoa a que se denominaria perfil da personalidade; inclusive na esfera da intimidade, convertendo-se no denominado "homem de cristal"⁶.

É significativo que cada vez com maior frequência sejam realizadas sondagens de opinião e perfis de consumo. Por isto, é um desafio oferecer proteção à intimidade frente a esses serviços.

Com relação às informações que o cliente de banco fornece à instituição financeira duas hipóteses podem se apresentar.

Por primeiro, o cliente de banco, ao abrir uma conta na agência, fornece inúmeras informações que serão armazenadas pela instituição

no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico", Revista de Direito do Consumidor nº 41/39.

⁵ Nos bancos de dados com registro negativo, o controle do consumidor inadimplente é feito por números, qual seja por meio do nº do CPF, conforme referido pelo palestrante Leonardo Roscoe, no 6º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor.

⁶ Denominação utilizada na Sentença de 15/12/83, do Tribunal Constitucional Alemão, *Boletim de Jurisprudencia Constitucional*, nº 33, enero de 1984, p. 137.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão interpreta os arts. 2.1 e 1.1 da Lei Fundamental, a fim de conferir a proteção do indivíduo contra a coleta, o armazenamento, a utilização e a difusão ilimitadas de seus dados pessoais. O direito constitucional garante a possibilidade de o indivíduo determinar por ele próprio a divulgação e a utilização dos mesmos. É a denominada faculdade de autodeterminação informativa. O indivíduo não tem nenhum direito sobre seus dados, no sentido de uma soberania absoluta e sem restrições. É a partir da personalidade que se desenvolve o direito, dentro da área de informação da comunidade a que se transmite. A informação relacionada com a pessoa oferece um panorama da realidade social, que não é exclusiva do interessado. Daí surge a tensão indivíduo-comunidade, cabendo ao Tribunal Constitucional estabelecer o interesse preponderante, privado ou público.

financeira. Estas devem ser corretamente guardadas, sob pena de trazer inúmeros prejuízos, uma vez que se estas forem transmitidas poderão trazer prejuízo aos direitos fundamentais do correntista. A respeito dessa temática não foi encontrada jurisprudência.

E, por último, o objeto do trabalho, em que o cliente é devedor e essa informação é repassada ao SPC⁷, SERASA⁸ ou outro banco de

⁷ O SPC – Serviço de Proteção ao Crédito, ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL), é o mais amplo de todos esses serviços nacionais, detendo em torno de 70% do mercado brasileiro de informações de crédito ao consumidor. Este banco de dados presta serviço de informação a 850 Câmaras de Dirigentes Lojistas no Brasil inteiro, conforme Denise Carvalho, “A expansão do mercado de informações econômicas”, in *Revista Mercado*, publicação da ADVB, dez. 1998, p. 28, citada por BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 354.

⁸ Outro grande banco de dados é o SERASA que emprega 1500 funcionários distribuídos por 130 agências ou postos avançados por todo o Brasil. No ano de 1998 prestou serviço às instituições financeiras, mas não só a estas, possui cerca de 300 mil clientes, atendendo a mais de 1 milhão de consultas ao dia, conforme Elcio Anibal de Lucca (presidente do SERASA), entrevista a *Revista Mercado*, publicação da ADVB, dez. 1998, p. 23, citado por BENJAMIN, op. cit. nº 7, p. 354.

O SERASA foi criado em 1968 por um grupo de bancos e faturou em 1999, US\$195,3 (cento e noventa e cinco milhões e trezentos mil dólares), conforme *Revista Exame-Guia de Boa Cidadania Corporativa*, Edição nº 728.

Vale referir importante ação civil pública proposta pelo Procurador da República André de Carvalho Ramos contra a União Federal, Federação Brasileira de Associação de Bancos e SERASA, com relação a informações que eram detidas pela Secretaria da Receita Federal, protegidas pelo sigilo fiscal e que eram repassadas por meio de convênio àquelas entidades. Em tal ação requereu tutela antecipada, com o intuito de suspender o fornecimento de dados cadastrais fornecidos pela Secretaria da Receita Federal, ficando, assim, a SERASA proibida de prestar quaisquer serviços de divulgação dos dados cadastrais provenientes, direta ou indiretamente, da SRF, bem como a União obrigada a suspender todos os convênios e/ou contratos com pessoa jurídica de direito privado que obtiverem a disponibilização de informações e dados de natureza fiscal, em especial convênio firmado com a FEBRABAN, em 19/6/98. A ação obteve o nº 2001.61.00.014465-9, protocolada no dia 28/5/01.

A tutela antecipada foi deferida parcialmente, “vedando a divulgação pela SERASA, de dados que divulguem a situação da empresa no âmbito da Secretaria da Receita Federal, podendo, no entanto, continuar a repassar dados constantes no domínio público (aqueles que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público ou facilmente obtidos através de certidões cartorárias).

Permanecem válidos os termos do convênio firmado entre a União Federal, através da Secretaria da Receita Federal, e a FEBRABAN somente para a divulgação dos dados acima mencionados, interpretando a literalidade dos termos pactuados, ou seja, dados que devam ser submetidos à registro público ou obtidos através de certidões cartorárias.

Até o final do julgamento, fica, ainda a União Federal proibida de firmar convênios que tenham por objeto a divulgação de dados que espelhem a situação econômica e/ou

dados com registro negativo, deve haver a prévia comunicação (art. 43, §2º, do CDC). Tal ocorre, a fim de que o mesmo confira se a informação apresenta conteúdo de veracidade, sob pena de ter sua intimidade e outros direitos fundamentais violados, já que este banco de dados informará amplamente ao comércio sobre a situação do cliente, podendo daí lhe advir prejuízos econômicos (como o abalo de crédito), e morais.

A intimidade do cliente de banco e os arquivos, em grande parte informatizados, são consagrados os seguintes direitos previstos no art. 43 do CDC: a) art. 43, § 1º, 1ª parte, objetividade dos dados; b) direito ao esquecimento⁹; b.1) art. 43, § 1º, 2ª parte, informações negativas não podem ser armazenadas por mais de cinco anos e; b.2) art. 43, § 5º, após a prescrição do débito não poderão ser fornecidas informações; c) art. 43, § 2º, comunicação, tem por objetivo garantir a efetivação dos direitos de acesso e retificação; e, d) art. 43, § 3º, retificação. Tais direitos serão desenvolvidos especificamente a partir do item 4 deste trabalho.

3. DISCIPLINA NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, ainda não existe proteção jurídica eficaz e disciplinada da intimidade frente aos bancos de dados informatizados¹⁰, essa ainda é

financeira das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, em âmbito administrativo". Decisão proferida por Luciana da Costa Aguiar Alves, Juíza Federal substituta da 15ª Vara Cível, em 15/10/01.

Interposto Agravo de Instrumento nº 143273, em que foi agravante a União Federal e agravado o Ministério Público Federal, cujo resultado foi o indeferimento da suspensão da decisão agravada, Rel. Johnsonsom di Salvo, Juiz Federal Convocado, em 14/2/02.

Tal ação demonstra a relevância do tema e o risco do repasse de dados de uma instituição a outra.

⁹ Direito ao esquecimento do direito espanhol, "Derecho al olvido", veja-se a propósito FERRI, Giovanni B. *"Privacy e libertà informatica"* in *Banche dati telematica e diritti della persona*, a cura di ALPA, Guido e BESSONE, Mario, QDC, Padova: Cedam, 1984, p.51.

¹⁰ Apesar do Brasil ter recebido a influência das Constituições Portuguesa e Espanhola, que contemplam dispositivos de proteção à intimidade relacionada à informática, nossa Carta não instituiu comando similar. O art. 18.4, da CE dispõe: "A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos direitos".

A Constituição portuguesa, em seu artigo 3º, disciplina a utilização da informática e em seu artigo 26, diz respeito a outros direitos pessoais, entre eles a reserva da intimidade da vida privada e familiar.

muito incipiente. O instituto que se aproxima, ainda que de maneira tímida, é o *habeas data*¹¹ previsto no art. 5º, LXXII, da CF. A Lei nº 9.507/97 estatuiu a regulamentação do preceito constitucional. O veto presidencial¹² diminuiu o alcance da lei.

O âmbito de proteção é ainda muito restrito¹³, uma vez que somente se assegura o conhecimento de informações por parte do cidadão com

Costuma-se estabelecer como marco as Constituições do segundo pós-guerra. Assim, na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, as Constituições Francesa de 1958 e a Italiana de 1947, todas elas ainda em vigor. Estas Constituições vão influenciar a mudança das Cartas, após a queda de Salazar e Franco com a mudança dos regimes políticos. Tal exigiu a elaboração de novas Constituições em Portugal e na Espanha. Estas, por sua vez, influenciaram o modelo brasileiro na Constituição de 1988.

Tratam o tema com acuidade, dentre outros: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 4ª Edição. Coimbra, 1990. CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História – origem e reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

¹¹ O *habeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Nacional Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo Serviço Nacional de Informações – SNI, durante o regime militar de 1964, conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 21ª Edição. São Paulo: Malheiros 1999, p. 240.

As informações sigilosas, obviamente, restariam protegidas. Não haveria razões para restringir o instituto, sob a alegação de que desborda o conteúdo constitucional. A *mens legis* era específica, os dados constantes nos arquivos do SNI. Esta problemática, todavia, cresceu muito nos últimos anos, adquirindo maiores proporções com relação à idéia da tutela inicial.

Para a propositura do *habeas data* em sede judicial é necessário o esgotamento da via administrativa. Neste sentido, a Súmula nº 2, do STJ, desde o tempo em que havia somente o dispositivo constitucional, destituído de regulamentação legal. Tal orientação jurisprudencial foi chancelada pelo parágrafo único do art. 8º, da Lei.

¹² “Art. 1º (Vetado)

Parágrafo único – Considera-se 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.”
 Texto do veto do *caput* do art.1º – “Toda pessoa tem direito de acesso a informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.

Razões do veto : “Os preceitos desbordam sensivelmente a configuração constitucional do *habeas data*, impondo obrigações aos entes governamentais ou de caráter público sem qualquer respaldo na Carta Constitucional. A definição constitucional do *habeas data* é precisa, não permitindo a conformação pretendida nestes dispositivos.

Não é estabelecida, ademais, qualquer sorte de ressalva às hipóteses em que o sigilo afigura-se imprescindível à segurança do Estado e da sociedade, conforme determina a própria Constituição (art. 5º, XXXIII).”

¹³ Atualmente se encontram em tramitação no Congresso Nacional: o Projeto de Lei nº 1.532/99, que dispõe sobre a elaboração e arquivos de documentos em meios

relação aos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. O impetrante fica com a proteção jurídica fragilizada, do ponto de vista da aplicabilidade da norma, sempre que estiver diante de entidade de caráter privado e numa relação que não seja consumeirista¹⁴.

Embora o art. 86 do CDC, que dispunha sobre o *habeas data*, tenha sido vetado¹⁵, sob o argumento de que contrariava ao art. 5º, LXXII, as regras remanescentes¹⁶ nos arts. 43/4 do CDC, referentes aos bancos de dados e cadastros dos consumidores, são muito mais avançadas e protetivas do que a lei que dispunha sobre o *habeas data*.

O § 4º do art. 43 equiparou os arquivos de consumo de qualquer gênero às entidades de caráter público. O art. 5º, LXXII, da CF trata da concessão do *habeas data*, com relação aos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Daí se extrai que o consumidor poderá optar entre a proteção conferida pelo CDC ou o *habeas data*, sendo o primeiro de conteúdo mais protetivo. Pode-se concluir que as relações privadas de não-consumo, estão à margem de proteção da disciplina legal específica, restando ao jurista o desafio da construção.

eletromagnéticos, o Projeto de Lei nº 1.682/99, com a disciplina penal referente à matéria e o Projeto de Lei nº 4.102/93 que regulamenta o art. 5º, XII, da CF, dispondo sobre a inviolabilidade de dados. Caso estes projetos venham a ser convertidos em lei, ocorrerá um incremento da tutela jurídica no ordenamento brasileiro dos direitos do cidadão frente à informática.

O projeto de lei nº 3.494/00 (do Senado Federal) dispõe sobre a estruturação e o uso de banco de dados sobre a pessoa e disciplina o rito processual do “*habeas data*”.

¹⁴ Em que pese não haver uma proteção específica, há quem sustente que seria possível construir tutela jurídica ao não-consumidor, a partir do art. 29 do CDC.

¹⁵ “Art. 86 – *Vetado* – Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores.”

A justificativa apresentada ao veto dos arts. 85/6 – é de que “As ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípuo os atos dos agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com a sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incs. LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna.”. WATANABE, Kazuo. *CDC Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª Edição. São Paulo: Forense, 2001, pp. 778/9.

¹⁶ “Art. 45 – *Vetado* – As infrações ao disposto neste Capítulo, além das perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.” O veto ao art. 45 do CDC não inibe a aplicação das disposições sobre a indenização por perdas e danos, bem como o dano moral, conforme exposto no trabalho, item 6.3.

Com os computadores o armazenamento de dados fica cada vez mais fácil, com todos os riscos que uma má utilização possa causar. Apesar das limitações da lei, constituem-se em aspectos positivos a destacar que alguns registros comerciais como o Serviço de Proteção ao Crédito ou listagens de mala direta estão abrangidos na definição legal. Trata-se das hipóteses em que, apesar de se tratar de atividade privada, caso sejam transmitidas as informações, dá-se o tratamento de caráter público, em virtude do parágrafo único do art. 1º da Lei. Considera-se a transmissão da informação potencial ou efetiva. Nestas situações estão abrangidos órgãos de qualquer natureza, desde que as informações sejam transmissíveis ou transmitidas a terceiros.

Existem muitas entidades privadas que possuem um sem número de informações dos cidadãos e que ficam com a guarda de muitos dados, sem que haja um controle efetivo sobre os mesmos. O conteúdo comercial ao estabelecer um perfil do consumidor é evidente. A intimidade do cidadão fica exposta por largo período de tempo.

4. A INTIMIDADE DO CLIENTE DE BANCO

O princípio estruturante do qual decorrem os demais direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana¹⁷ (art. 1º, III, CF). Tal proposição vem agasalhada no CDC, em seu art. 4º, “caput”. Daí se pode concluir que a proteção da intimidade é corolário do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

A intimidade¹⁸ e a privacidade¹⁹ no direito brasileiro apresentam sede constitucional, sendo assegurada indenização pelo dano material ou

¹⁷ A respeito da dignidade da pessoa humana, veja-se a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 86 e segs, quando desenvolve a idéia dos direitos fundamentais como exigência e concretizações do princípio da dignidade humana. Desta forma, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.”

¹⁸ O direito brasileiro diferencia a intimidade da privacidade.

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

A intimidade refere-se ao aspecto interior, enquanto a honra ao exterior da personalidade. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol construiu no sentido de que a honra é um conceito jurídico indeterminado. A honra não é um conceito fixo, depende das normas, valores e idéias sociais vigentes em cada momento.

A evolução da intimidade acompanha as mudanças históricas do Estado. No Estado Liberal, ao indivíduo somente é assegurada proteção à intimidade contra atos exteriores.

moral decorrente de sua violação, art. 5º, X, CF. Essa regra indenizatória vem robustecida no art. 6º, VI, CDC.

Alguns países conferem tratamento à intimidade no texto constitucional e outros na legislação infraconstitucional²⁰.

O Código do Consumidor prevê a tutela nos arts. 43/4 das informações que o consumidor presta ao estabelecer uma relação de consumo e a sua possibilidade de acesso, retificação e prazo²¹ para que sejam guardadas.

A importância em atribuir a eficácia da Constituição a esses dispositivos, consiste em que o Constitucionalismo, quando foi criado, serviu para conferir direitos ao cidadão e limitar os poderes do Estado. Modernamente, os conflitos não residem mais na polaridade Estado x cidadão, mas deslocaram-se para o âmbito privado. Tal, em grande parte, porque alguns grupos econômicos detêm poder paralelo ao Estado. A problemática migrou da esfera pública para a privada. Por isso, o desenvolvimento da “*drittwirkung*”, também denominada de eficácia frente a terceiros ou horizontal, é hoje questão nodal dos direitos

Na fase do Estado Social, com a Constituição com características intervencionistas e normas programáticas, o indivíduo pode exigir providências do poder público. No âmbito da informática, o que se pretende é o conhecimento do cidadão com relação ao conteúdo do banco de dados, tanto na fase da coleta, quanto no armazenamento dos dados relativo ao indivíduo. Desta maneira, o *Habeas Data* representa uma nova versão do *Habeas Corpus Act*, na proteção jurídica do cidadão, relativo ao fenômeno informático.

¹⁹ A privacidade é mais ampla e genérica do que a intimidade. Abrange as situações em que não se pode evitar a comunicação. Constituem-se em manifestações de privacidade: a inviolabilidade do domicílio, de correspondência, etc. As exemplificações são referidas por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “*Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*”, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 1, p.77/90.

Os norte-americanos possuem genericamente a expressão “*privacy*”. O direito à intimidade, “*the right to privacy*” surgiu por criação doutrinária de Samuel Warren y Louis D. Brandeis, (Privacy, Harvard Law Review, vol. 4, nº 5, pp.193/219, 15/12/1890). O motivo que estimulou Warren a escrever foram as intromissões escandalosas dos jornais de Boston em sua vida familiar. Para a tarefa de escrever convidou a Brandeis. O direito a que nos deixem em paz, oriundo da expressão inglesa “*the right to be alone*”, surge com a difusão do jornalismo e a possibilidade de interferir na vida privada. Veja-se a propósito WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis D. *El derecho a la intimidad*. Civitas: Madrid, 1995.

²⁰ A intimidade e a privacidade já possuíam sede constitucional e a novidade consiste em que a privacidade será incorporada ao direito brasileiro no novo CCB, vide item 5.

²¹ O prazo de 5 anos (art. 43, §3º) para que as informações sejam armazenadas. A propósito, veja-se item 8.

da pessoa. Os litígios se dirigiram progressivamente do plano das relações Estado-indivíduo ao plano das relações grupo-indivíduo.

Essa mudança de enfoque no embate jurídico repercute na evolução do constitucionalismo e, também, na própria função que a Constituição desempenha na história²².

Faz-se uma crítica à expressão eficácia horizontal, pois apesar de essas relações se situarem na esfera privada, não necessariamente são no mesmo plano. Antes, havia uma preponderância do poder público sobre o indivíduo, o que se denominaria, em contraposição, de eficácia vertical. Atualmente, tampouco as relações estão em semelhante hierarquia, ainda que o confronto ocorra na esfera privada. Exemplificativamente: uma grande empresa com o trato a seus trabalhadores ou as instituições bancárias e seus clientes.

Na atualidade, o poder tende a assumir diferentes faces, privatizando-se muito mais o público e de outro lado, o privado assume tarefas públicas. Tal implica um novo desafio para o pensar do jurista, posto que as relações se tornam mais complexas e dissimuladas.

A antiga distinção público e privado cede ante a atual tendência de privatização nos países. Como conseqüência, cada vez mais serviços que tradicionalmente eram prestados pelo Estado deixam de ser públicos. Nesse contexto, estão situadas as instituições financeiras com sua capacidade de movimentar grandes quantias patrimoniais, além de armazenar uma enorme quantidade de dados, isto é, informação sobre seus clientes.

²² Por primeiro, a função político-institucionalizadora que vai desde a antiguidade, passa pelo absolutismo e renasce com o iluminismo. Posteriormente, a função limitadora que coincide com a idéia de Constituição propriamente dita e tem seus expoentes máximos na Constituição dos EUA em 1787 e na Constituição Francesa de 1791, expressões do liberalismo. Neste período, a Constituição cuida de limitar os Poderes do Estado e declarar os direitos fundamentais. Por último, a função diretiva, que se inaugura com o advento do Estado Social, que se preocupa com a questão social, da qual é expressão a Constituição de Weimar de 1919, introduzindo as normas programáticas. No período anterior à 2ª Guerra Mundial, tem-se, também, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição russa de 1918. Depois, a primeira fase das Constituições que se seguiram, imediatamente, após a 2ª Guerra, quais sejam: a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição italiana (1947) e a Constituição francesa (V República de Gaulle 1958 com a Emenda de 1962). Uma segunda fase, do pós 2ª Guerra, é das Constituições jovens da Europa, que vieram inaugurar uma redemocratização que se seguiu em seus países: a Constituição portuguesa (1976), após a ditadura de Salazar, e a Constituição espanhola (1978), depois de Franco. Veja-se a propósito: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1990 e AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7ª Edição. Madrid: Universidad de Madrid, 1988. vol. I.

Desta forma, uma leitura tradicional dos direitos fundamentais como direitos oponíveis frente aos poderes públicos deixaria os indivíduos na esfera privada desprovidos de tutela jurídica no âmbito dos direitos fundamentais. A célebre dicotomia que se operou por época do Estado Liberal²³ pode operar como instrumento arbitrário para excluir grupos e pessoas vulneráveis da proteção conferida pelos direitos fundamentais.

A filosofia abstencionista do Estado Liberal entra em crise quando a consciência de marginalização se generaliza nos amplos setores populares e se canaliza ante problemas das organizações de massa. Como alternativa ao Estado-liberal surge o Estado-social.

Claphan²⁴ utiliza a expressão “privatização dos direitos fundamentais”. A Constituição como norma sobre a qual repousa a unidade do ordenamento e sua influência sobre o direito privado. No

²³ A forma liberal de conceber as relações sociais no período liberal são distinções entre Estado/sociedade, público/privado, indivíduo/grupo, direito/política, objetivo/subjetivo, etc.

O direito muda de conteúdo, conforme os novos tempos. O próprio conceito de liberdade não é o mesmo em todas as épocas. A liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos, conforme Benjamin Constant. Para o autor há duas classes de liberdade. Esta liberdade que conhecemos, hodiernamente, surge com a Revolução Francesa e está relacionada à idéia de governo representativo. Atualmente, o direito de estar somente submetido às leis. Nos povos antigos, o indivíduo era soberano nos assuntos públicos e um escravo nas questões privadas. Modernamente, ao contrário, o indivíduo é independente em sua vida privada, não é um soberano mais que em aparência nos assuntos públicos, inclusive nos Estados mais livres. Para Constant, o objetivo dos antigos era a repartição do poder social entre os cidadãos de uma mesma pátria e a isso chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nos assuntos privados e denominam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a estes, consoante CONSTANT, Benjamin, *Escritos Políticos, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”*. Madrid: CEC, 1989, pp. 257-285.

Sartori sustenta a ausência de diferença entre a esfera pública e privada para os povos antigos. O conceito de liberdade, na época dos gregos e romanos, era um conceito político. O conceito de liberdade que conhecemos hoje é associado à idéia de democracia no Estado Liberal, conforme SARTORI, Giovanni. *Teoría de la Democracia*. 1ª reimpr. 1ª Edição. Madrid, 1997, cap. X, pp. 343-65. vol. II.

A propósito da liberdade positiva e negativa, BERLÍN, Isaiah. *Dos conceptos de libertad, Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988, pp. 187-243.

²⁴ *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 343, in UBILLOS, Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEC, 1997, p. 256.

dizer de Smend²⁵, a Constituição se converte num elemento de unidade e integração do ordenamento jurídico.

Os direitos sociais demandam estrutura para sua implementação, qual seja: o aspecto prestacional do poder público.

Destarte, o direito à intimidade evolui de um aspecto negativo: o direito a não ser molestado²⁶; a um aspecto positivo: o direito a exigir prestações concretas do Estado. Daí decorrem: a objetividade dos dados, o direito ao esquecimento, o prazo prescricional para o armazenamento das informações negativas, a comunicação do envio dos dados, a fim de oportunizar o exercício dos direitos de acesso e retificação da informação.

5. A PREVISÃO DA PRIVACIDADE NO NOVO CCB

A novidade no direito brasileiro consiste em que os direitos de personalidade foram contemplados na sistemática do novo Código Civil (arts. 11/21), sendo a vida privada objeto de exame específico no art. 21.

A norma constitucional encontrará, agora, reforço na previsão legislativa do novo Código Civil que expressamente consagrou a vida privada, art. 21.

O tratamento dos direitos da personalidade era previsto no CDC, quando tutelava o grande princípio estruturante da Dignidade da Pessoa Humana, do qual decorrem os demais direitos. A indenização por dano moral também já era prevista pelo CDC, encontrando-se, na previsão do novo Código (art. 927). Tal vem a trazer um reforço, na esteira do que já se desenvolvia em sede consumeirista.

²⁵ SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1985, p. 132, assim: "La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su progreso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso".

²⁶ WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. *Privacy*, *Harvard Law Review*, nº 5. pp. 193/219, 15/12/1890. 4º vol. O motivo que estimulou Warren a escrever foram as intromissões escandalosas dos jornais de Boston em sua vida familiar. Para a tarefa de escrever convidou a Brandeis. O direito a que nos deixem em paz, oriundo da expressão inglesa *the right to be let alone*, surge com a difusão do jornalismo e a possibilidade de interferir na vida privada.

PROSSER, Willian L. *Privacy*, *California Law Review*, vol. XLVIII. Berkeley: University of California, nº 48, 1960, pp. 383-423.

O Código de Beviláqua não continha dispositivo similar, no tocante à privacidade. Isso faz com que incida nas relações entre particulares sem questionamento, uma vez que expressamente prevista na legislação vindoura. Tal corrobora o que já estava estatuído em sede constitucional. Trata-se de valores constitucionais que vêm agasalhados no novo CCB. A previsão de direitos fundamentais com sua forte carga axiológica na legislação civilista, deve-se à matriz ideológica em que se funda o Código. O culturalismo de Miguel Reale²⁷, que trabalha com a perspectiva do significado da cultura, experiência e história. Neste contexto, a teoria tridimensional do direito, com sua perspectiva da compreensão do fenômeno jurídico a partir do fato, valor e norma, é conseqüência da concepção culturalista do direito.

O Código Civil de 1916 foi estruturado a partir de um sistema fechado, sob forte influência da idéia de completude a que pretendia o Código Francês Napoleônico. Os Códigos oitocentistas como “códigos totais”, no dizer de Judith²⁸, que “tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada”.

Assim, restava ao jurista a mera exegese da lei, ainda sob forte influência das idéias de Montesquieu para quem o juiz era somente a boca da lei.

Ocorre, então, uma mudança de paradigma, visto que ocorre a abertura do sistema, cabendo aos “operadores do direito”, no dizer de Miguel Reale²⁹, um papel ativo na determinação do sentido das normas jurídicas.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

²⁸ Op. cit. p. 115/6, “Sabe-se que os grandes Códigos oitocentistas de que é paradigma o *Code* francês foram construídos como sistemas fechados, isto é, o mais possível impermeáveis à intervenção da realidade e do poder criador da jurisprudência. Acreditava-se que a perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado.” Posteriormente, assevera a autora “(...) aquele que tributário das concepções iluministas era dominado pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Surgiram, assim, como um fenômeno típico da modernidade oitocentista, os Códigos *totais*, totalizadores e totalitários, aqueles que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, tiveram a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.”

²⁹ Gerson, op. cit., p. 53.

A abertura do sistema e o papel criativo do jurista são estimulados pela colocação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, em assuntos polêmicos, como por exemplo: função social, boa-fé objetiva, bons costumes e os usos e costumes.

Neste contexto, a colocação na Parte Geral, que assegura unidade ao sistema, dos valores aplicáveis às pessoas e que vão nortear a Parte Geral do Código, bem como outros microsistemas como o CDC.

A possibilidade de abertura do sistema leva a uma integração da responsabilidade civil por danos à pessoa, no tocante aos direitos da personalidade, inclusive quando houver relação de consumo. Interpretação integrada da Constituição, CDC e o novo CCB. Aplicáveis, então, os seguintes dispositivos: art. 5º, X, da CF; arts. 21, 927 e parágrafo único, do novo CCB, que vêm ao encontro dos arts. 4º, “caput” (dignidade) e 6º, VI, do CDC. Destarte, o novo CCB vem a robustecer posições anteriormente já existentes no Código Consumista, especificamente atinente ao presente trabalho: os direitos da personalidade e à indenização por dano moral.

6. DA RESPONSABILIDADE

Questão que se apresenta é a da responsabilidade pelo envio das informações negativas do cliente de banco ao serviço responsável pelos órgãos cadastrais: SPC, SERASA³⁰. Quando esses dados são enviados para o cadastro deve haver uma comunicação? De quem é a responsabilidade por essa comunicação, da instituição financeira ou da entidade que guardará esses dados e os repassará?

O fundamento da responsabilidade pela comunicação de que trata o art. 43, §2º, do CDC é o direito de informação (art. 6º, III, do CDC), dever de boa-fé (art. 4º, III, do CDC) e transparência (art. 4º, “caput”, do CDC). A incolumidade psíquica do cliente de Banco resta lesada, visto que terá seu nome exposto a um cadastro de dados negativo sem que tenha sido advertido de que ocorreria tal exposição.

Das decisões jurisprudenciais é possível extrair critérios interpretativos, que serão a seguir analisados.

³⁰ A respeito do banco de dados com registro negativo e os números de informações que são prestadas, vejam-se notas nºs 6 e 7.

6.1 Referente à responsabilidade pela comunicação

O art. 43, § 2º³¹, do CDC não explicita essa responsabilidade pela comunicação. A jurisprudência encarregou-se de fixá-la, no sentido de que essa cabe, em regra, à instituição financeira³².

Com relação ao pedido de condenação solidária do Banco e do SERASA, somente o Banco foi responsabilizado pelo encaminhamento dos dados, houve o entendimento de que o SERASA estava no exercício regular de sua atividade³³.

³¹ Art. 43 (...)

§ 2º – A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

³² Nesse sentido: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ILICITUDE DA ABERTURA DE CADASTRO NO SERASA SEM COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. RELEVÂNCIA E CABIMENTO DA DEMANDA DE REPARAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DO DANO MORAL. Constitui ilícito imputável à empresa de banco abrir cadastro no SERASA sem comunicação ao consumidor (art. 43, § 2º, da Lei nº 8.078/90). O atentado aos direitos relacionados à personalidade provocados pela inscrição em banco de dados é mais grave e mais relevante que a lesão a interesses materiais. A prova do dano moral que se passa no interior da personalidade se contenta com a existência do ilícito, segundo precedente do STJ. Liquidação do dano moral que atenderá ao duplo objetivo de compensar a vítima e afligir, razoavelmente, o autor do dano. O dano moral será arbitrado, na forma do art. 1.553 do CC, pelo órgão judiciário. Valor adequado à forma da liquidação do dano consagrado no direito brasileiro.” Apelação Cível nº 597 118 926, 5ª CC, TJRS, 7.8.97.

³³ Nesse sentido: “DÍVIDA BANCÁRIA. CADASTRO NO SERASA. REQUISITOS PARA O ATO. APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CDC. O encaminhamento ao cadastro de maus pagadores se dá por iniciativa e responsabilidade da instituição financeira ou de crédito que não tenha recebido seu crédito. A anotação feita pelo SERASA atende ao exercício regular de sua atividade, por força contratual com as entidades filiadas. A inscrição no banco de dados restritivos de crédito deve ser antecedido por prévia comunicação ao devedor. Aplicação o art. 43, §2º, do CDC,” Apelação Cível nº 70000145854, 6ª CC, TJRS, 9.8.00).

No mesmo sentido, o Banco foi condenado à indenizar pela não comunicação (art. 43, §2º do CDC), reconhecendo-se que o SERASA estava no exercício regular de sua atividade. “DANOS MORAIS. AVALISTA. CADASTRO NO SERASA. REQUISITOS PARA O ATO. APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CDC. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. CORREÇÃO MONETÁRIA . JUROS LEGAIS. O encaminhamento ao cadastro de maus pagadores se dá por iniciativa e responsabilidade da instituição financeira ou de crédito que não tenha recebido seu crédito. A anotação feita pelo SERASA atende ao exercício regular de sua atividade, porém, a inscrição no banco de dados restritivos de crédito deve ser precedida de prévia comunicação. Aplicação do art. 43, §2º do CDC. *Quantum* indenizatório elevado. Correção monetária e juros legais afastados.

Caso de condenação do SERASA foi quando o Banco não forneceu o nome do devedor, não houve participação da Instituição Financeira. O SERASA obteve a informação referente à execução junto a Cartório Judicial³⁴.

A administradora de Cartão de Crédito – Fininvest – que remeteu o cadastro ao SPC³⁵, também é responsável, e tal decorre do art. 14 do CDC.

A jurisprudência não se vale dos dispositivos que tratam da responsabilidade solidária. É possível sustentar a responsabilidade solidária³⁶ entre a Instituição Financeira e o Banco de Dados

Parcialmente provido o apelo do réu e desprovido o apelo do autor.”Apelação Cível nº 70000052399, 6ª CC, TJRS, 25.4.01.

³⁴ “1. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NEGATIVO NOS CADASTROS DO SERASA. INOBSERVÂNCIA DA REGRA CONTIDA NO ART. 43, §2º do CDC, QUE DETERMINA A COMUNICAÇÃO POR ESCRITO, AO CONSUMIDOR, DA ABERTURA DE CADASTRO, FICHA, REGISTRO E DADOS PESSOAIS DE CONSUMO. FATO QUE DETERMINOU A PERMANÊNCIA DO SEU NOME POR MAIS DE UM ANO NOS CADASTROS NEGATIVOS DE MAUS PAGADORES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUE NENHUMA PARTICIPAÇÃO TEVE NO ATO DE REGISTRO DO NOME DO AUTOR JUNTO AO SERASA. ART. 267, VI, CPC.” Apelação Cível nº 70000241794, 5ª CC, TJRS, 16.11.00.

³⁵ “DANOS MORAIS. CADASTRO NO SPC. REQUISITOS PARA O ATO. APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CDC. FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. O encaminhamento ao cadastro de maus pagadores se dá por iniciativa e responsabilidade da instituição financeira que não tenha recebido o crédito que lhe era devido. Entretanto, é descabida a anotação feita nos cadastros de inadimplentes quando esta não vier precedida da prévia comunicação. Aplicação do art. 43, §2º do CDC,” Apelação Cível nº 700002806503, 6ª CC, TJRS, 13.03.02.

³⁶ EFING, Antônio Carlos. “*Banco de Dados e Cadastro dos Consumidores*”. Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 18. São Paulo: RT, 2002, pp. 211/2, sustenta a responsabilidade solidária a partir do parágrafo único do art. 7º do CDC, para “responsabilização de todos aqueles que participaram da cadeia de fornecimento. (...) Nas relações de consumo oriundas de fornecimento de serviços de informações, mais especificamente na atuação dos arquivos de consumo, a solidariedade alberga da mesma forma todos aqueles que façam com que a informação precisa se dissemine. Tanto o arquivista como o alimentador destes dados respondem por eventuais danos decorrentes de imprecisão, independentemente da apuração de culpa de algum deles.”

Da mesma forma Benjamin, op. cit., p. 412, apregoa a responsabilidade solidária dos responsáveis pela comunicação principalmente do fornecedor da obrigação principal e do administrador do banco de dados, fundamentando no art. 7º, par. ún., do CDC. “Isso quer dizer que fornecedor e administrador, como agentes diretamente envolvidos no *iter* da inscrição, são co-responsáveis pelos danos eventualmente causados ao consumidor, por defeito da comunicação. (...) A hipótese evidentemente é de responsabilidade solidária, cabendo, por isso mesmo, ação de regresso de um co-

Negativos, a partir do art. 7º, parágrafo único, do CDC, principalmente³⁷. Assim, tanto quem fornece a informação – Instituição Financeira – como quem a armazena – Banco de Dados – são responsáveis pela sua guarda e utilização, posto que participam da mesma cadeia de comunicação.

6.2 Da construção da responsabilidade, a partir dos dispositivos legais do CDC

A jurisprudência se utiliza dos dispositivos do CCB para a fixação da responsabilidade, enquanto o CDC fornece elementos para sua aplicação.

A previsão de indenização por dano moral se encontra no art. 6º, VI, do CDC. O Estatuto consumerista consagra a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 17) e por vício do produto e do serviço (arts. 18 a 25).

Assim, pode-se fundamentar a não-comunicação do Banco ao seu cliente no art. 14, “caput”, quando trata de informações insuficientes. O Banco deixou de proceder a informação a que estava obrigado (art. 43, §2º, do CDC), portanto, a informação é insuficiente.

Nestes casos, a responsabilidade é objetiva e o banco somente se exime quando a culpa é exclusiva do usuário ou de terceiro. Ressalva-se, ainda, o caso fortuito e a força maior.

Referente ao terceiro, tal é o caso do SERASA, quando conseguiu as informações diretamente, sem que houvesse o repasse da entidade financeira. Neste sentido, inclusive, já decidiu a jurisprudência³⁸.

Poder-se-ia agregar à responsabilidade construída a partir do art. 14, “caput”, a responsabilidade solidária na cadeia de fornecimento da informação³⁹.

responsável na direção do outro. Compete ao consumidor escolher um ou todos os agentes, no momento da propositura de eventual ação indenizatória.”

³⁷ Pode-se agregar como reforço argumentativo os arts. 25, §1º e 34, do CDC.

³⁸ A propósito nota nº 31.

³⁹ Vide nota nº 33.

6.3 Referente aos valores e critérios a serem fixados no dano moral

A jurisprudência do STJ⁴⁰ se pauta pelos critérios de que para a caracterização do dano moral basta a comprovação de inscrição irregular, enquanto que o dano material necessita de prova de sua existência.

⁴⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL. BANCO. SPC. DANO MORAL E MATERIAL. PROVA. O Banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular. Já a indenização pelo dano material depende de prova de sua existência, a ser produzida ainda no processo de conhecimento. Recurso conhecido e provido em parte”, Resp. nº 51158/ES, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 29/05/95;

“DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SPC. FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR DE SUA INSCRIÇÃO. OBRIGATORIEDADE. LEI Nº 8.078/90, ART. 43, §2º, DOCTRINA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, “a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular” nesse cadastro. II – De acordo com o art. 43, §2º do CDC, e com a doutrina, obrigatória é a comunicação ao consumidor de sua inscrição de proteção ao crédito, sendo, na ausência dessa comunicação, reparável o dano oriundo da inclusão indevida. III – É de todo recomendável, aliás que a comunicação seja realizada antes mesmo da inscrição do consumidor no cadastro de inadimplentes, a fim de evitar possíveis erros, como o ocorrido no caso. Assim agindo, estará a empresa tomando as precauções para escapar de futura responsabilidade. (...)”, Resp. nº 165727/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 21/09/98;

“SERASA. Dano moral. A inscrição do nome da contratante na SERASA depois de proposta a ação para revisar o modo irregular pelo qual o banco não estava cumprindo o contrato de financiamento, ação que acabou sendo julgada procedente, constitui exercício indevido do direito e enseja indenização grave pelo dano moral que decorre da inscrição em cadastro de inadimplentes”, Resp. nº 219.184/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 26/10/99. Neste caso, a indenização foi fixada em 50 salários mínimos;

“CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CDASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação de dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. A existência de vários registros, na mesma época, de outros débitos dos recorrentes, no cadastro dos devedores do SERASA, não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre *in re ipsa*, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Hipótese em que as instâncias locais reconheceram categoricamente que foi ilícita a

Observa-se de uma maneira geral que as indenizações⁴¹ no TJRS são fixadas em média de R\$ 5.000,00, e no STJ em 50 salários mínimos. Tais valores são muito baixos e não podem ser considerados aflitivos.

A dificuldade do dano moral consiste muitas vezes na sua mensuração. A propósito, existe um projeto de lei no Senado (nº 150/99), que pretende tarifar o valor do dano moral, em três categorias⁴²: leve (até R\$ 20 mil), média (de R\$ 20 a 90 mil) e grave (de R\$ 90 a 180 mil).

Pelo atual critério jurisprudencial, a intimidade do cliente de banco que tem seu nome exposto enquadra-se na categoria leve, poder-se-ia dizer levíssima, já que no máximo as condenações chegam a metade do valor estipulado na primeira escala, do projeto de lei.

7. DA IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO, ENQUANTO PENDENTE DISCUSSÃO JUDICIAL

Da mesma forma, enquanto pende discussão judicial a respeito do débito, não pode haver inscrição no SERASA, sendo sempre necessária a comunicação de que trata o art. 43, §2º, do CDC⁴³.

conduta da recorrida em manter, indevidamente, os nomes dos recorrentes, em cadastro dos devedores, mesmo após a quitação da dívida”, Resp. nº 196024/ MG, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, em 2/03/99;

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Intimação do agravado. Decisão liminar. Cancelamento de inscrição (SERASA, SPC, etc.) (...) Deve ser cancelada a inscrição em nome do devedor em banco de inadimplentes se o contrato está sendo objeto de ação revisional, em que se discute a validade de cláusulas, valor do saldo e a própria existência de mora. Precedentes “, Resp. nº 205039/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 6/05/99;

“Medida cautelar. Cadastro de inadimplentes. SERASA. Débito litigioso. Liminar concedida para vedar-se o registro do nome da requerente, tendo em vista precedentes desta Corte”, MC 2007/PR, 3ª Turma, Rel. Eduardo Ribeiro, j. 14/10/99.

Agravo regimental. Recurso Especial não admitido. Tutela antecipada. Inscrição dos devedores no SERASA. 1. Estando em discussão o débito, inviável se mostra a inscrição do devedor nos Serviços de Proteção ao Crédito, mormente porque não demonstrado dano ao credor. Precedentes. (...)”, AGA 221029/RS, 3ª Turma, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27/04/99.

⁴¹ Vide notas nºs 30, 31, 32 e 41.

⁴² Jornal Folha de São Paulo, p. C1, em 16.6.02.

⁴³ Neste sentido: “DANOS MORAIS. AVALISTA. DISCUSSÃO JUDICIAL DO DÉBITO. CADASTRO NO SERASA. REQUISITOS PARA O ATO. APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO CDC. FIXAÇÃO DO QUANTUM. O encaminhamento ao cadastro de maus pagadores se dá por iniciativa e responsabilidade da instituição

A jurisprudência do STJ também é no sentido de não admitir a inscrição do nome do devedor no SERASA, enquanto pendente discussão judicial, concedendo a tutela antecipada, a fim de cancelar o registro do nome do devedor⁴⁴.

8. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento é o “derecho al olvido”⁴⁵, presente no direito espanhol. Constitui-se em um aspecto das prestações do direito à intimidade.

financeira ou de crédito que não tenha recebido seu crédito. Estando em discussão judicial o débito, descabe anotação feita no SERASA. Porém, a inscrição no banco de dados restritivos do crédito deve ser precedida de prévia comunicação. Aplicação do art. 43, §2º do CDC”, Apelação Cível nº 7000065813, 6ª CC, TJRS, 9.8.00.

O banco foi condenado, neste caso, a indenizar o avalista por danos morais fixando o montante no equivalente ao valor informado como sendo o débito, ou seja, R\$ 11.795,37. Sentença de 1º grau que foi mantido no 2º.

⁴⁴ Veja-se: “BANCO DE DADOS. SERASA. SPC. SDC. Inscrição de devedor. Ação de nulidade. Tramitando ação onde os devedores pleiteiam o reconhecimento da invalidade do título que teria sido preenchido com valores excessivos, mediante argumentação verossímil, pode o juiz deferir a antecipação parcial de tutela para cancelar o registro do nome dos devedores nos bancos de dados de proteção ao crédito. Art. 273 do CPC e art. 42 do CDC. Recurso conhecido e provido”, Resp. nº 168.934 – MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

No mesmo sentido: “MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR. EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. SECURITIZAÇÃO PENDENTE. Consoante jurisprudência do STJ, a securitização da dívida constitui um direito do devedor rural e não mera faculdade dos bancos. Encontrando-se pendente de julgamento o litígio instaurado entre as partes acerca do alongamento do débito não se justifica o registro do nome do devedor no CADIN ou qualquer outro órgão cadastral de proteção ao crédito”, Resp. nº 217.629 – MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma do STJ, j. 29/6/00;

“TUTELA ANTECIPADA. SPC. SERASA. Contratos da dívida *sub judice*. Estando *sub judice* a matéria relacionada com os contratos e títulos da dívida, cabe deferir o pedido de sustação dos efeitos dos registros e protestos feitos contra os devedores com base naqueles contratos.

Recurso conhecido em parte e provido”, Resp. nº 213580/ RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em 22/11/99;

“Execução. Inscrição do nome do devedor em serviços de proteção ao crédito. Ação revisional de contrato ajuizada. CDC, art.42. Havendo ação de revisão de contrato em curso, mesmo sem o depósito da quantia considerada devida, a inscrição do nome do autor em serviço de proteção ao crédito configura o constrangimento ou ameaça a que se refere o art.42 do CDC”, Resp. nº 180843 – RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma do STJ, j. 29/6/00;

⁴⁵ Vide nota nº 9.

O art. 43, § 1º, 2ª parte, do CDC, agasalha o prazo de 5 anos para que as informações sejam guardadas. Tal é muito importante, porque hoje a capacidade dos computadores de armazenarem as informações é muito grande, fazendo com que os dados sejam mantidos por um prazo, praticamente, indeterminado⁴⁶.

O TJRS foi pioneiro nesta matéria, ao estatuir a Súmula nº 11, que dispunha sobre o prazo de 3 anos para que fosse cancelada a inscrição do nome do devedor no SPC. Posteriormente, com o advento do CDC, tal foi revisto para se coadunar e o prazo ficou estabelecido em 5 anos, sendo editada a Súmula nº 13: “A inscrição do nome do devedor no SPC deve ser cancelada após o decurso do prazo de 5 anos se, antes disso, não ocorreu a prescrição da ação de cobrança (art. 43, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.078/90), revisada a Súmula 11”.

Assim, os dados podem ser guardados por determinado tempo, mas não utilizados eternamente.

9. CONCLUSÃO

A informática provocou mudanças de costumes na humanidade. Suscita, por isso, novas questões com relação à proteção dos direitos fundamentais, e neste contexto, com a intimidade.

Os bancos de dados contêm informações que traduzem aspectos da personalidade, que permitem traçar um perfil do consumidor. Estas informações são uma nova mercadoria com interesse comercial. É necessário, por essa razão, proteger o cidadão juridicamente com relação aos avanços da tecnologia, que pode ter sua intimidade violada, caso os dados sejam divulgados ou utilizados indevidamente.

⁴⁶ “SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Cancelamento do Registro. Prazo (5 anos). O registro de dados pessoais no SPC deve ser cancelado após 5 anos. Art. 43, § 1º, do CDC (Lei nº 8.078/90).” Resp. nº 22.337-8/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13/2/95.

No mesmo sentido: “CIVIL. DEFESA DO CONSUMIDOR. ANOTAÇÕES EM SISTEMA DE PROTEÇÃO DE CRÉDITO. Não podem constar em sistema de proteção ao crédito, anotações relativas a consumidor, referentes a período superior a 5 anos ou quando prescrita a correspondente ação de cobrança.” REsp. nº 30.666-1/RS, Rel. Min. Dias Trindade, j. 8/2/93, e Resp. nº 14.624-0/RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 22/9/92.

É essencial o aprimoramento da tutela jurídica, com o objetivo de proteger o cidadão contra os ataques que a informática pode causar na sua intimidade. Deve-se considerar, por conseguinte, as legislações estrangeiras que já estão atentas à problemática há mais tempo, sem deixar de sopesar as características próprias da realidade de nosso país.

A hermenêutica leva à integração da responsabilidade civil por danos à pessoa, no tocante aos direitos da personalidade, inclusive quando houver relação de consumo. O fundamento da responsabilidade civil pode ser encontrada no CDC. Propõe-se, portanto, uma interpretação sistemática da Constituição, do CDC e do novo CCB. Aplicáveis, então, o art. 5º, X, da CF, o art. 21 do novo CCB, bem como os arts. 6º, VI, 14, “caput”, e 43, § 2º, do CDC.

A jurisprudência apresenta alguns critérios interpretativos, que podem ser enunciados:

a) a responsabilidade é do banco pela comunicação de que trata o art. 43, §2º, do CDC;

b) o SERASA está no exercício regular da atividade, não lhe sendo, por isso, imputada nenhuma responsabilidade nos casos normais;

c) é obrigatória a comunicação ao consumidor da inscrição de seu nome no banco de dados negativos. Na ausência dessa comunicação, é reparável o dano oriundo da inclusão indevida. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a existência de inscrição irregular;

d) as indenizações fixadas possuem valor, em regra, muito baixo, considerando-se o abalo moral causado ao cliente do banco e a potencialidade da instituição financeira;

e) referente ao direito de esquecimento, o prazo pelo qual os dados podem ser armazenados é de 5 anos. Após, operada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas informações pelos sistemas de proteção ao crédito.

Pode-se concluir que a proteção aos direitos fundamentais deve ser compatível com a tendência do mundo contemporâneo, que rumo em direção à liberdade de informação e à livre circulação de dados. A informática traz inúmeras vantagens à vida moderna, é algo imprescindível nos dias atuais. O desafio que se propõe ao jurista é como proteger os dados informatizados, em uma sociedade que rumo à globalização, com o resguardo da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

- Agesta, Luis Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7ª Edição, v. I, Madrid: Universidad de Madrid, 1988.
- Benjamin, Antônio Hermann de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2001.
- Berlín, Isaiah. "Dos conceptos de libertad", Cuatro ensayos sobre la libertad. Madrid: Alianza, 1988, pp. 187/243.
- CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História – origem e reforma*. Rio: Revan, 1993.
- Constant, Benjamin. Escritos Políticos, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos". Madrid: CEC, 1989, pp. 257/285.
- Efing, Antônio Carlos. "Banco de Dados e Cadastro dos Consumidores". Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 18. São Paulo: RT, 2002, pp. 211/2.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado", Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 1, p.77/90.
- FERRI, Giovanni B. "Privacy e libertà informatica" in Banche dati telematica e diritti della persona, a cura di ALPA, Guido e BESSONE, Mario, QDC, Padova: Cedam, 1984, p.51.
- Marques, Cláudia Lima. "A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico", Revista de Direito do Consumidor nº 41/ 39.
- MARTINS-Costa, Judith e Branco, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª ed., tomo I, Coimbra Ed., 1990.
- Prosser, William L. "Privacy", California Law Review, vol. XLVIII. Berkeley: University of California, nº 48, 1960, pp. 383/423.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Dignidade da Pessoa Humana*. POA: Livraria do Advogado, 2001.
- Sartori, Giovanni. *Teoria de la Democracia*. 1ª reimp. 1ª ed., Madrid: Editora, 1997, cap. X, v. II.
- Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: CEC, 1985.
- Warren, Samuel y Brandeis, Louis. "Privacy". Harvard Law Review, nº 5., v. 4º pp. 193/219, 1890.
- . *El derecho a la intimidad*. Civitas: Madrid, 1995.
- UBILLOS, Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEC, 1997.
- WATANABE, Kazuo. *CDC Comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed., Forense, São Paulo, 2001.