



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

CATHARINA BEZERRA DE FARIAS GUEDES ALCOFORADO

A INSUFICIÊNCIA DO ALCANCE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA
VIGENTE FRENTE À NOVA MODALIDADE DE BANCO DE DADOS:
"CREDIT SCORING"

CAMPINA GRANDE
2017

CATHARINA BEZERRA DE FARIAS GUEDES ALCOFORADO

**A INSUFICIÊNCIA DO ALCANCE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA
VIGENTE FRENTE À NOVA MODALIDADE DE BANCO DE DADOS:
"CREDIT SCORING"**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Universidade Estadual da
Paraíba.

Área de concentração: Direito do
consumidor.

Orientador: Prof.º. Me. Antônio Silveira
Neto.

Campina Grande – PB

2017

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

A354i Alcoforado, Catharina Bezerra de Farias Guedes.
A insuficiência do alcance da legislação consumerista vigente frente à nova modalidade de banco de dados [manuscrito] : "credit scoring" / Catharina Bezerra de Farias Guedes Alcoforado. - 2017.
31 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2017.
"Orientação : Prof. Me. Antônio Silveira Neto, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Relações de Consumo. 2. Direito do Consumidor. 3. Direito a Privacidade.

21. ed. CDD 343.071

CATHARINA BEZERRA DE FARIAS GUEDES ALCOFORADO

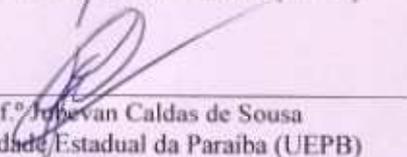
**A INSUFICIÊNCIA DO ALCANCE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA
VIGENTE FRENTE À NOVA MODALIDADE DE BANCO DE DADOS:
"CREDIT SCORING"**

Aprovada em: 06/12/2017.

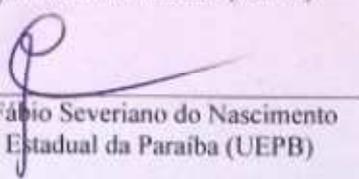
BANCA EXAMINADORA



Prof.º Me. Antonio Silveira Neto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof.º Jubevan Caldas de Sousa
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr.º Fábio Severiano do Nascimento
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

A minha mãe, por todo amor, cuidado e zelo.

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento vai para aquele que é Autor da minha vida e me concedeu a liberdade de escolher vivenciar as promessas Dele. Ao Senhor Deus, digno de honra e de glória, rendo todas as graças, pois Ele me ensinou que vivendo um dia de cada vez com fé e perseverança podemos realizar grandes conquistas.

Agradeço à minha mãe, Rita de Cássia, por todo amor incondicional e por sempre estar comigo e acreditar em mim em qualquer situação. Os verbos amar e cuidar sem ela não teriam o mesmo significado.

Também não poderia deixar de agradecer a minha família, em especial a minha avó Celene e a minha tia Cleyde que foram verdadeiros alicerces em minha formação. Sou inteiramente grata a toda atenção e carinho de vocês.

Agradeço a todos os membros, advogados e estagiários que fizeram parte da minha vivência no meu estágio na Subseção OAB PARAÍBA CAMPINA GRANDE e no Escritório de Advocacia DAADV por todo aprendizado prático compartilhado do qual me inspirou a escolha da área desse trabalho.

À toda equipe que compõe o CCJ (Centro de Ciências Jurídicas), em especial aos brilhantes professores que contribuíram para minha formação profissional.

Não poderia deixar de agradecer, ao meu orientador, Prof. Antônio Silveira Neto, que exerceu sua missão de orientação com maestria, mostrando total domínio e controle sobre o tema. Sem suas diretrizes este trabalho teria sido muito difícil.

Por fim, agradeço a todos meus amigos que sempre me incentivaram e acreditaram em mim. Aqui fica meu muito obrigada.

“Ouça os conselhos e esteja pronto pra aprender; assim um dia você será sábio”.

Provérbios 19:20 NHTL

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS DISPOSITIVOS VIGENTES NA REGULAMENTAÇÃO DOS ARQUIVOS DE CONSUMO	10
2.1 OS CADASTROS NEGATIVOS E O CDC	11
2.2 OS CADASTROS POSITIVOS E A LEI 12.414/2011	13
2.3 OS CADASTROS DIGITAIS E A LEI 12.965/2014	14
3 UMA NOVA REALIDADE: "CREDIT SOCRING"	16
4 A DECISÃO DO STJ PELA LEGALIDADE DO CREDIT SCORING E SUA CONCEITUAÇÃO	19
4.1 O CONFLITO QUANTO A CLASSIFICAÇÃO DO "CREDIT SCORING" E A INSUFICIÊNCIA DO ALCANCE DOS ATUAIS DISPOSITIVOS LEGAIS	22
5 A NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA DO CONCEITO DE PRIVACIDADE COMO PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	22
5.1 O CONCEITO DE PRIVACIDADE COMO DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA OU LIBERDADE INFORMATICA.....	24
5.2 DESDOBRAMENTO DO DIREITO A PRIVACIDADE: DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	26
6 ATUALIZAÇÃO DO CDC E SUA PREVISÃO QUANTO A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS	27
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	29
REFERÊNCIAS.....	31

A INSUFICIÊNCIA DO ALCANCE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA VIGENTE FRENTE À NOVA MODALIDADE DE BANCO DE DADOS: "CREDIT SCORING"

Catharina Bezerra de Farias Guedes Alcoforado¹

RESUMO

Resumo: O presente artigo se propõe a tecer considerações acerca da evolução dos bancos de dados de consumos, em especial ao *Credit Scoring*. O que justifica esse artigo é a necessidade de preservação de princípios basilares nas relações de consumo, como o da transparência e privacidade, mediante uma regulação legislativa específica que trate desse instituto *sui generis*. Posto isso, centraliza-se o problema da pesquisa: a legislação consumerista vigente consegue alcançar a realidade do *Credit Scoring*, sem que isso represente um retrocesso aos direitos protecionistas do consumidor? Para responder essa pergunta, buscou-se realizar um estudo da doutrina, da legislação vigente e do entendimento dos tribunais superiores, com destaque do Recurso Especial nº 1.419.697/RS, sobre os parâmetros e diretrizes atuais que tentam alcançar e regular o *Credit Scoring*.

Palavras-Chave: Banco de dados de consumo. *Credit Scoring*. Direito a privacidade e transparência.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos avanços sociais e tecnológicos experimentados pela humanidade no decorrer dos últimos séculos, o mundo das relações de consumo continua a sofrer constantes evoluções que muitas vezes representam riscos a direitos básicos do consumidor.

A formação de banco de dados com informações dos consumidores é prática recorrente que ganha inovação com as redes cibernéticas exigindo aguçada proteção jurídica para preservar a privacidade e transparência nas relações de consumo.

Dentre fatores econômicos e sociais, a troca de informações cruzadas referentes ao consumidor de forma oculta, presente principalmente no *Credit Scoring*, em busca do lucro desenfreado pode se tornar um efeito cascata que tem como produto a

¹ Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I.
E-mail: catharinafarias@gmail.com

descoberta de dados sensíveis. O fomento dos mercados por meio de informações acaba por criar perfis de consumo que indicia um círculo vicioso que pode consequenciar diferentes formas de discriminação a partir da atribuição de notas ao consumidor através de critérios desconhecidos.

No cenário brasileiro, a decisão dos tribunais superiores foi pela legalidade deste sistema. O STJ (Superior Tribunal de Justiça) ao tentar regular o instituto do *Credit Scoring* se utilizou de uma interpretação analógica à Lei de banco de dados positivos (Lei nº 14.414/2012), mesmo diante do caráter *Sui Generis* desse instituto. E é diante dessa decisão polêmica que surge a seguinte problemática: Será que a legislação consumerista vigente consegue alcançar a realidade do *Credit Scoring*, sem que isso represente um retrocesso aos direitos protecionistas do consumidor?

Para responder essa pergunta, buscou-se realizar um estudo da doutrina, da legislação vigente e do entendimento dos tribunais superiores, com destaque do Recurso Especial nº 1.419.697/RS, sobre os parâmetros e diretrizes atuais que tentam alcançar e regular o *Credit Scoring*. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a evolução dos bancos de dados, demonstrando a necessidade de a legislação brasileira evoluir juntamente para que alcance a regulamentação dos novos fatos sociais, neste caso, o *Credit Scoring*. Como objetivos específicos dessa pesquisa, temos como foco fazer uma análise do funcionamento do *Credit Scoring* e da decisão do STJ (Recurso Especial nº 1.419.697/RS) a luz dos princípios da transparência e da privacidade que regem as relações de consumo.

Este estudo está dividido em cinco capítulos. O primeiro faz uma abordagem da formação dos bancos de dados e da atual legislação vigente que os regula; o segundo aborda o conceito do *Credit Scoring* e a sistemática de seu funcionamento; o terceiro aponta os principais pontos e ressalvas a respeito do Recurso Especial nº 1.419.697/RS, o quarto traz à tona a necessidade da incidência dos princípios da transparência e privacidade nas relações de consumo, em especial as que se forma em torno do *Credit Scoring*; e o quinto coteja o projeto de atualização do CDC quanto à previsão da privacidade e transparência nas relações de consumo.

A razão que justifica o estudo dessas questões é a necessidade de preservação de princípios basilares nas relações de consumo, de forma especial o da transparência e privacidade, mediante uma regulação legislativa específica que trate desse instituto *sui generis*.

O presente trabalho levanta a hipótese que diante das peculiaridades do Credit Scoring a legislação atual não oferece diretrizes e regulamentações suficientes para que o referido sistema funcione sem afrontar princípios básicos do consumidor, em especial aos princípios da transparência e privacidade. Inclusive, porque o próprio STJ não considerou tal instituto como propriamente um banco de dados, apesar de regulamentá-lo como se fosse um.

Ao final, a proposta não é proibir o *Credit Scoring*, mas sim sugerir que esse novo dispositivo sofra regulação legislativa resguardando os direitos a privacidade e transparência inerentes às relações de consumo.

2 OS DISPOSITIVOS VIGENTES NA REGULAMENTAÇÃO DOS ARQUIVOS DE CONSUMO

No atual cenário do mercado e economia existe uma grande importância em torno das relações de consumo, em especial ao controle e regulação dos bancos de dados. Tratando-se de controle consumerista é importante trazer a seguinte divisão desse controle:

Na proteção do consumidor, há dois modelos possíveis de regulação do mercado de banco de dados de consumo: o (i) *controle consumerista direto* e o (ii) *controle consumerista indireto*. O controle direto consiste na fiscalização dos bancos de dados pela atividade de órgãos administrativos (por exemplo, o Procon) ou pelo acionamento do Poder Judiciário por parte do próprio consumidor lesado ou por entes com legitimidade, como as associações de consumidores, Ministério Público e Defensoria Pública. Já o controle indireto consiste na fiscalização da ação de entes *não* relacionados diretamente aos bancos de dados de consumo, como os buscadores da Internet, para impedir a superexposição e hipervisibilidade que afetam também os direitos do consumidor.

[...]

Quanto ao *controle direto*, houve poucas inovações desde a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078) em 1990, há 25 anos. Até hoje, o consumidor conta somente com disposições genéricas do CDC para se proteger contra práticas abusivas. Tal deve ser essencialmente judicial, pois ainda não ocorreu a criação de um órgão administrativo próprio de gestão de banco de dados privados, com poderes de avaliação do que efetivamente é feito internamente com os dados dos consumidores (RAMOS, 2016, p.132).

De acordo com essa classificação do controle consumerista em relação aos bancos, a que mais tem dimensão prática está restrita ao controle direto. Esse controle é exercido principalmente pelo poder judiciário através da aplicação dos dispositivos legislativos vigentes, os quais se podem destacar: o Código de Defesa do Consumidor

(CDC Lei 8.078/1990), Lei dos Cadastros Positivos 12.414/2011 e a Lei Marco Civil 12.065/2014.

2.1 OS CADASTROS NEGATIVOS E O CDC

Para compreensão da essência dos Cadastros Negativos, importante é entender a explanação do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em seu relatório. Nesse, é feita uma abordagem histórica em relação a formação e evolução dos bancos de dados, tomando por partida o momento em que os lojistas e comerciantes, há anos atrás, sentiram a necessidade de sistematizar as informações de seus consumidores de forma organizada, ou seja através do modelo "banco de dados":

Nos contratos de consumo, realizados em uma sociedade marcada pela massificação e pelo anonimato, os métodos tradicionais de avaliação do crédito passaram a se mostrar inadequados. Recorde-se que, antes da disseminação da internet como sistema de comunicação, previamente à celebração de um contrato de compra e venda de um eletrodoméstico em uma loja, era preenchida uma ficha cadastral com pedido de concessão de crédito, com a indicação das informações comerciais do interessado para avaliação de seu risco de crédito diretamente pelo lojista. Essa ficha cadastral era arquivada pela própria empresa, formando o seu cadastro de clientes. No comércio, passou a ser sentida a necessidade de um maior dinamismo na troca dessas informações arquivadas nos cadastros de cada lojista. Em 1955, surge, em Porto Alegre, organizado pela Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL), o primeiro banco de dados para integração dessas informações, sendo denominado de Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) do Brasil (STJ, 2014).

Ao mesmo tempo em que se considerou legítimo aos fornecedores organizar e explorar as informações pessoais e econômicas dos consumidores em banco de dados, por outro lado houve a necessidade de proteger o consumidor em relação ao mau uso e possíveis abusos provenientes destas informações.

Em função disso, em 1990, quando elaborado o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), percebe-se que uma das preocupações foi com o controle dos arquivos de consumo quanto ao estabelecimento de critérios e limites segundo os quais podem ser desenvolvidos e utilizados.

Assim, os cadastros de devedores e os bancos de dados de proteção ao crédito, como modalidades de arquivos de consumo, receberam uma atenção especial do legislador no CDC, tendo sua primeira regulamentação no art. 43, nos seguintes termos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

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

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. (BRASIL, 1990).

Em estudo aprofundado de direito comparado Goulart (2016), revela uma possível fonte de inspiração referente ao primeiro dispositivo legislativo regulamentador dos cadastros negativos. Esse faz a menção de que a inspiração do legislador na criação do art. 43 do CDC foi a Lei norte americana *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) de 1970. Essa norma regulou as atividades das “*consumer reporting agencies*” – que ele afirma que seriam semelhantes aos bancos de dados e cadastros no Brasil. E ainda aponta que uma das diferenças entre a Lei americana e a brasileira é que aquela estabelece os usos permitidos dos relatórios de crédito (*Permissible purposes of reports*, § 604). A Lei americana assegura, também, que os consumidores devem ser avisados sempre que a utilização de um relatório de crédito importar em uma ação adversa contra ele.

Assim, percebe-se que algumas características dessa lei americana foram incorporadas a legislação consumerista brasileira com algumas distinções. Em relação às informações negativas a lei brasileira, ou seja, o CDC, não atribui, ao consumidor inadimplente, a possibilidade de optar por participar ou não do cadastro negativo, tendo em vista a sobreposição do interesse social - de proteção ao crédito - em relação ao interesse individual dos consumidores inadimplentes. Sendo o registro da inadimplência efetuado independente da vontade e do desejo do consumidor.

Porém, em contrapartida, o CDC determinou a comunicação por escrito ao consumidor da abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo,

quando não solicitada por ele, e também assegurou o acesso as informações constantes sobre ele nesses bancos e cadastros.

Dessa forma, prevaleceu o direito de informação o qual foi assegurado ao consumidor, possibilitando a esse espaço para detectar eventuais abusos e tomar providências de reparação.

2.2 OS CADASTROS POSITIVOS E A LEI 12.414/2011

O CDC regulou apenas os bancos de dados negativos de consumo, mas a nova lei especial (Lei 12.414/2011), editada no ano de 2011, regulou a sistemática dos bancos de dados positivos. Tais dados irão conter informações consideradas positivas referentes ao consumidor, são exemplos: pagamentos efetuados, empréstimos ou financiamentos contratados, valores envolvidos, prazos de pagamento pactuados, número e valor das parcelas, saldo a pagar, garantias contratuais celebradas etc.

Um dos aspectos importantes que foram regulados por essa lei, é o que consta no art. 4º desta lei, o qual permitiu ao consumidor, exclusivamente, escolher entre participar ou não do cadastro positivo, diferentemente do que ocorre na regulação dos cadastros negativos. Nesse aspecto, pois, é facultado ao consumidor o direito de optar por participar ou não do Cadastro Positivo.

Não menos importante também, foi a preocupação dessa lei em definir que as informações constantes do cadastro positivo somente poderão ser acessadas nas situações em que o consumidor mantenha ou pretenda manter relação comercial ou creditícia, conforme previsto no art. 15 da Lei 12.414/2011 “ As informações sobre o cadastrado constantes dos bancos de dados somente poderão ser acessadas por consulentes que com ele mantiverem ou pretenderem manter relação comercial ou creditícia” (BRASIL, 2011).

Assim, percebe-se uma preocupação do legislador em zelar pelo respeito à intimidade ao regular essa modalidade de banco de dados. Vislumbra assim, harmonia com o disposto na CF/88 em seus artigos 1º, inciso III, e art. 5º, *caput* e inciso X, bem como alinhado às proteções legais destinadas aos direitos da personalidade dos consumidores, constantes dos artigos 11 a 21 do Código Civil que tratam especificamente da proteção de privacidade e intimidade.

2.3 OS CADASTROS DIGITAIS E A LEI 12.965/2014

Diante da revolução dos meios digitais maior parte das relações sociais passaram a se desenvolver em torno de tecnologias e conexão de redes. Essa evolução também foi incorporada aos bancos de dados que ganharam uma nova ambientação. Pensando nos bancos de dados através da internet, entende-se o alcance da lei Internet Marco Civil 12.965/2014 aos bancos de dados, conforme menciona Guilherme Damásio Goulart:

O Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, também deve ser considerado neste contexto, já que qualquer cadastro de consumidor que seja mantido e operado por instituições que atuem e prestem seus serviços na Internet precisam respeitar toda a principiologia dessa Lei (principalmente o seu art. 7.º). De qualquer forma, no campo da informática, a diferenciação entre os dois tipos de arquivo de consumo não possui tanta relevância. Tanto os bancos de dados quanto os cadastros de consumidores, na realidade, são armazenados em bancos de dados digitais (GOULART, 2016, p.449).

Dessa forma, percebe-se que como hoje em dia os bancos de dados e cadastros de consumidores têm seu funcionamento no campo da informática, no qual ambos são armazenados em bancos de dados digitais. Isso vem a permitir, o alcance da lei 12.965 cabe perfeitamente para que incida a regulação dos bancos de dados nesses casos.

Tendo em vista que a internet ocupa um importante meio de difusão de informação, essa passou também a moldar fortemente os dados de consumo. Diante dessa realidade, a lei do Marco Civil da internet 12.965/2014 passou a disciplinar a formação de bancos de dados com informações da internet, de forma que apenas subsidiariamente aplica-se o disposto no artigo 43 do CDC, quando se tratar de informações restritivas de crédito ao consumidor em bancos digitais.

Uma das preocupações centrais do legislador ao criar esse dispositivo foi, expressamente, mais uma vez, à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem e também, a proteção aos direitos de privacidade e sigilo dos dados pessoais, como pode se constatar na leitura dos seus artigos 10 e 11:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou

associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

Art.11 Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros (BRASIL, 2014).

Assim, de acordo com os dispositivos legais vigentes que regulam os bancos de dados e cadastros de consumidores, sejam físicos ou digitais, percebe-se que tais praticas não foram proibidas – ao contrário, ganharam regulamentação.

O CDC e as legislações extravagantes forneceram parâmetros de privacidade e transparência sobre essas práticas de forma a prevenir e diminuir os danos que poderiam ser causados aos consumidores.

No direito brasileiro, a proteção do sigilo de informações está assegurada na Constituição da República, sob o resguardo do direito à intimidade e à privacidade pessoal. Neste sentido, as normas do CDC sobre bancos de dados e cadastros de consumidores, ao mesmo tempo em que realizam o mandamento constitucional de defesa do consumidor, servem, de modo específico, à proteção da intimidade e privacidade dos consumidores.

Porém, diante do mercado em um mundo globalizado, no qual a informação é a moeda da vez, os atuais dispositivos legislativos tornaram-se insuficientes diante da evolução de armazenamento e troca de dados. E nesse aspecto, Claudia Lima Marques faz uma ressalva importante:

Mencione-se que no comércio eletrônico foram consolidadas novas práticas comerciais abusivas, que ainda escapam ao crivo do art. 39, não por estarem previstas, mas por seu grau de sofisticação tecnológica, a necessitar uma aplicação mais qualificada da boa-fé. No tema o marco Civil da Internet não é suficiente, sendo necessária uma lei de proteção dos dados, ainda em gestação no governo e a urgente aprovação do PLS 281/2012, de atualização do CDC (MARQUES, 2014, p. 894).

Dessa forma podemos entender a proteção dos dados ainda não é eficaz frente a necessidade de uma atividade criativa-legislativa que regule as novas situações que escapam aos dispositivos vigentes de dados de consumo, e também a lei do marco civil da internet.

Posner *apud* Ramos (2016) ainda aprofunda a problemática trazendo a tona o dilema em relação a importância da regulação da informação sobre os consumidores, tendo em vista que hoje em dia essa tem valor econômico para o mercado, assim ressalta que conseqüentemente o desejo de lucro das empresas termina por entrar em choque com o direito à privacidade do consumidor. A conclusão que se tira é a de que o consumidor hoje possui um valor imenso e todo um setor da economia brasileira desenvolvido a partir da "vigilância" da conduta dos indivíduos..

Assim, diante da formação de um mercado de lucro em torno da informação sobre o consumidor, tornou-se cada vez mais frequente a troca de seus cadastros entre empresas e organizações, para que os dados possam ser processados – com o uso de técnicas estatísticas – e possa ser gerado um perfil do consumidor.

Diante dessas trocas de informações e técnicas de estatísticas, é inevitável chegarmos ao conceito de *databroke*, e diante de nossa realidade brasileira, do conceito de *Credit scoring* também.

Segundo Goulart (2016), o maior problema nessa prática ocorre porque a sociedade atual, baseada no armazenamento e processamento cada vez mais intenso de informações, não limita os fornecedores de serviços a armazenarem apenas informações relacionadas ao crédito. Ao contrário, os bancos de dados atuais armazenam informações e dados pessoais dos mais variados.

Tais práticas inovam no conceito de armazenamento de dados e informações, as quais ainda não são alcançadas pelos atuais dispositivos legais vigentes. Assim, abrem-se margens para eventuais abusos ao consumidor e violação a direitos de privacidade e de transparência nas relações de consumo.

3 UMA NOVA REALIDADE: "CREDIT SOCRING"

O mercado atual para nortear as concessões de crédito aos consumidores não se baseia apenas nos institutos dos cadastros e banco de dados. Agora há um novo método de avaliação de risco nas relações de crédito, o "*credit scoring*", o qual não se enquadra nas previsões legais atuais. O "*credit scoring*", ou simplesmente "*credit score*" tem ganhado a conceituação: de um sistema de consulta fornecido ao mercado de consumo por empresas especializadas, com a finalidade de auxiliar na análise de concessão de crédito aos consumidores. As referências que se tem desse sistema é que ele realiza a

captação de dados e informações dos consumidores e os classifica de acordo com a probabilidade de inadimplência de cada um. O consumidor recebe notas de 0 a 1000 e, quanto maior for a nota, menor é o risco de inadimplência, de acordo com o sistema².

Ainda sobre a definição dessa modalidade de dados dos consumidores, Miragem (2016, p. 370) traz a seguinte conceituação: "O *credit scoring* consiste em aplicação de técnica estatística para análise de informações relativas aos consumidores, segundo certos modelos de comportamento, pelo qual é atribuída certa pontuação ao consumidor, representativa do risco de inadimplemento".

Dessa forma, podemos chegar ao entendimento que o método do *credit scoring* utiliza-se de modelos estatísticos, e considera diversas variáveis, de forma discricionária. A partir daí atribui uma nota ao consumidor a depender da natureza da operação que for realizar. Com base nesse *scoring* é que vai ser determinada a concessão de crédito, ou não, solicitada pelo consumidor. Por exemplo, se o consumidor obteve uma nota 500, essa nota será elemento central para que haja a concessão de crédito ao consumidor. Assim, nada mais justo seria que o consumidor fosse informado dos fundamentos e critérios utilizados para se chegar a essa nota.

As informações utilizadas nesse sistema conjugam tanto informações positivas do consumidor quanto informações negativas, indo além dos bancos de dados previstos na atual legislação. Através de algoritmos o consumidor tem seu perfil avaliado que determina o seu grau de inadimplência.

Sanseverino (2013) traz a menção das hipóteses de informações que podem ser levadas em consideração para atribuição de uma nota/perfil do consumidor como os seus dados pessoais como idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço, entre outras. São infinitas possibilidades de informações que podem ser utilizadas e combinadas, tendo como limite apenas a capacidade e eficiência dos meios tecnológicos de captação.

Na verdade, o maior problema não se restringe apenas ao uso indiscriminado dessas informações, mas principalmente a falta de clareza, transparência e precisão dos conteúdos dessas informações aos interessados e a sociedade em geral. De forma que

² Notícia disponível em: < <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/11/sistema-de-pontuacao-para-dar-credito-consumidor-e-legal-diz-stf.html> >

uma pessoa que é classificada como com “alta probabilidade de inadimplência” e outra com “baixa probabilidade de inadimplência”, não sabe ao certo quais motivos levaram-na a se enquadrar nessa classificação. O TJ-RS, inclusive, chegou a essa mesma conclusão:

Entende-se que o consumidor que necessita do crédito, se o tiver negado em face de sua pontuação, este fica sem saber as razões pelas quais é considerado propenso ao inadimplemento, restando frustrada legítima expectativa de ter acesso aos seus dados e a explicações sobre a negativa do crédito (BRASIL. TJ-RS, 2013).

Ainda, segundo Miragem (2016, p.370) esse sistema é classificado como uma espécie de sistema oculto de informações, devido à ausência de transparência e informações ao consumidor. A negação dessas informações traz ao *Credit Scoring* a característica de um sistema obscuro de informações secretas que violam claramente o direito de transparência ao consumidor.

Sistemas como esses apresentam uma clara violação aos princípios da boa-fé, transparência e privacidade. O que gera inclusive uma afronta e retrocesso aos direitos fundamentais consagrados ao consumidor. Goulart (2016) aborda essa problemática de que essas atividades são realizadas sem a permissão e o conhecimento do usuário, o que representa uma flagrante violação da boa-fé e também do princípio da transparência das relações de consumo. E a depender da classificação, haverá um grande potencial de discriminação.

Diante dessa perspectiva, fica evidente que a evolução da comunicação e processamento das informações trazem novos problemas que ainda não foram previstos pela legislação vigente. Nesse sentido, é importante a advertência de Leonardo Roscoe Bessa:

"As companhias conseguem descobrir muito mais informações quando interconectam e cruzam seus bancos de dados com os cadastros. Trata-se de um claro exemplo da "teoria do mosaico" que envolve o processamento e cruzamento de dados não sensíveis para a descoberta de informações sensíveis". (BESSA apud GOULART, 2016, p.455)

Nessa perspectiva fica clara a possibilidade de chegar a informações sensíveis através da troca e combinação de informações não sensíveis, o que demonstra que esse tipo de sistema de combinação de informações tem um grande potencial e ferir o direito a privacidade e intimidade. E nessa linha de raciocínio é importante ressaltar que:

No Brasil também há exemplos dessa atividade. E aqui, como ocorre nos EUA, poucas pessoas sabem que tais cartões estabelecem, nos contratos, a possibilidade de transferência de dados. Há situações em que grandes redes de supermercados estabelecem que os dados relacionados às transações, ou seja, o que o consumidor compra, podem ser utilizados por outras sociedades empresárias do mesmo grupo econômico. É grande a possibilidade de formação de perfis bastante acurados com base no histórico de compras feitas em um supermercado. É possível saber informações sobre a quantidade de filhos, animais de estimação, sobre faixa etária e de renda etc. Dados altamente sensíveis também podem ser descobertos por meio da possibilidade de acesso ao que foi adquirido, como situações de doenças específicas, com base na compra de produtos diet, sem glúten, sem lactose etc. (GOULART, 2016, p. 456).

Em vista disso, se verifica que os efeitos independem do nome que se dá ao banco de dados em questão. Nota-se, portanto, a importância da aplicação do princípio da finalidade aos bancos de dados de consumidores. E como também ao princípio da transparência e privacidade nas relações de consumo.

Sendo assim, de acordo com toda a descrição do funcionamento desse sistema fica evidente que essa “novidade” é uma afronta a princípios basilares consagrados constitucionalmente. Assim, a ausência de legislação para sua regulamentação específica permite que esse sistema ultrapasse os limites e a essência do da CF e do CDC.

4 A DECISÃO DO STJ PELA LEGALIDADE DO CREDIT SCORING E SUA CONCEITUAÇÃO

Segundo relatos do STJ no REsp 1.419.697/RS, em recurso especial analisado, um consumidor teve pedidos de cartões, em lojas e bancos, negados, mesmo que não houvesse nenhuma restrição de crédito contra ele.

A polêmica girou em torno do funcionamento do sistema, o qual realiza a inclusão de dados sem notificação prévia ou autorização e nem conhecimento do conteúdo pelo consumidor.

Sobre a legalidade desse novo sistema, a 2ª seção do STJ, no julgamento do REsp 1.419.697/RS, firmou que é lícito o “scoring” de pontuação do consumidor, que atribui notas aos consumidores para estimar a probabilidade de inadimplência. Considerou que tal sistema não se enquadra em um cadastro crédito ou banco de dados,

mas sim em um modelo estatístico do qual sua metodologia (formulas matemáticas e modelos estatísticos) não precisa ser divulgada em resguardo ao segredo empresarial.

Porém, apesar do STJ não classificar o *Scoring* como banco de dados, para fundamentar a sua legalidade utilizou-se de uma interpretação analógica da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). O STJ considerou que a prática do *credit scoring* estaria autorizada de acordo com, o artigo 5º, IV, e o 7º, I, dessa lei.

Art. 5º São direitos do cadastrado

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial; (BRASIL, 2011).

Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para:

I - realização de análise de risco de crédito do cadastrado; (BRASIL, 2011).

De acordo com o teor dos artigos acima mencionados, percebe-se que o STJ condicionou do dever de transparência e direito a privacidade ao resguardo do segredo empresarial utilizando nesse sistema de concessão de crédito. Dessa forma a tendência da presente decisão se posicionou a colocar direitos essenciais do consumidor em segundo plano. Pois, diante dessa decisão, quanto a valoração das informações utilizadas e quanto os critérios que fazem compor a nota do consumidor foi assegurado sigilo em face ao segredo empresarial.

Ainda, na avaliação do risco de crédito o STJ tentou garantir ao consumidor a proteção da privacidade e de máxima transparência quanto as fontes dos dados e as informações pessoais valoradas, também se utilizando da Lei n. 12.414/2011 como fundamento. Porém, considerou desnecessário o consentimento do consumidor consultado quanto a sua inclusão nesse tipo de sistema. Consentimento esse que seria essencial para que o consumidor se organizasse a fim de evitar uma futura recusa de concessão de crédito.

Quanto aos limites da utilização desse sistema, o STJ considerou que seria configurado abuso de direito, com base no art. 187 do CC, quando fossem utilizadas informações excessivas ou sensíveis, fundamento no art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011, ou no caso de recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. Nesses casos incidiria a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011).

A restrição da prévia notificação do STJ apenas aos dados sensíveis é uma questão bastante delicada tendo em vista, como foi demonstrado anteriormente, que se pode chegar a obtenção de dados sensíveis através de dados não sensíveis. Dessa forma essa regulação restrita demonstra-se insuficiente. Pois em relação as informações que o STJ julga como lícitas, a partir delas pode-se chegar a informações não lícitas que ferem o direito a privacidade ao passo que o

dever de comunicação antecipada é um requisito para o exercício de outros direitos, como por exemplo, o direito de acesso e o direito de retificação. Trata-se de um problema lógico: como o consumidor vai se opor a uma eventual incorreção ou exercer seu direito de acesso se nem ao menos sabe da existência do cadastro? Por isso que o direito à comunicação é cronologicamente anterior ao direito de acesso. Igualmente, a comunicação deve ser feita não apenas quando da abertura, mas também em situações de alteração ou inclusão de novos dados nos cadastros ou bancos. Assusta o conteúdo de tais cláusulas que, contrariando a ordem jurídica posta, prevêem um dever de sigilo das partes sobre a própria existência da consulta. Trata-se de uma clara violação do CDC, de seus princípios e até mesmo da boa-fé objetiva, pois tal cláusula tem a clara intenção de dificultar a responsabilização das companhias e de violar os direitos dos consumidores. (GOULART, 2016, p. 462).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) condicionou a legalidade/licitude do instituto do "*Credit scoring*" o respeito dos princípios da proteção da privacidade e da máxima transparência de forma vaga e indefinida. Faltaram diretrizes e especificações quanto a definições de conceitos importantes desse sistema, e quanto a definição do conteúdo que neste circula. Assim, foi deixada uma margem de insegurança jurídica quanto aos critérios adotados como definidores dessas máximas principiológicas.

Diante desse o posicionamento pode-se observar que em muitos requisitos essenciais ao cumprimento do dever de transparência inerente ao consumidor foram deixados lacunas. Por exemplo, essa decisão não foi clara quanto as seguintes indagações “Qual a finalidade dessa busca de informações realizada pelo *credit scoring*?” Quais são os seus critérios? “Foram utilizados dados sensíveis?”.

Dessa forma, de acordo com o conceito de *credit scoring* explanado e o entendimento do STJ, percebe-se uma insuficiência do alcance dos dispositivos legais utilizados. Pois o presente sistema vai além de um banco de dados positivos, pois não só manipula informações positivas, mas sim as conjuga com informações negativas. Assim, fica claro que a regulamentação desse dispositivo a luz da Lei dos cadastros positivos representa um retrocesso aos direitos do consumidor, em específico aos direitos de transparência e de privacidade.

4.1 O CONFLITO QUANTO A CLASSIFICAÇÃO DO "CREDIT SCORING" E A INSUFICIÊNCIA DO ALCANCE DOS ATUAIS DISPOSITIVOS LEGAIS

Quanto à definição da espécie desse tipo de sistema de pontuação há divergência considerando as atuais legislações vigentes. Essa divergência ocorre porque essa nova modalidade de dados de consumo vai além dos bancos de dados negativos e dos dados positivos, pois conjuga essas duas modalidades. Podendo ser na verdade classificado como um birô de crédito, um sistema de computador, algoritmo de pesquisa que irá formular uma nota do consumidor.

Na tentativa de enquadrar tal sistema na Lei dos bancos de dados positivos 12.414/2011 seria exigida de forma expressa a concordância do consumidor no momento da inclusão de suas informações nos bancos de dados dessa natureza. Porém, o próprio STJ em sua decisão afastou essa exigência desse consentimento por considerar que o *Credit Scoring* não é um banco de dados e sim um modelo estatístico, embora que, de forma contraditória, tenha se utilizado da interpretação analógica dessa lei para garantir a legalidade desse novo dispositivo. Tal contradição apenas confirma o caráter extraordinário desse sistema que demonstra não ter uma compatibilidade completa com o referido dispositivo legislativo.

Nessa perspectiva de indefinição quando a natureza jurídica do *Credit Scoring*, Goulart (2016) traz a noção da necessidade de evolução quanto aos tradicionais conceitos de bancos de dados para um novo conceito de armazenamento de dados de consumidores que seja iluminado, desde sua concepção, por toda a disciplina de proteção de dados pessoais. Já que as novas tecnologias são capazes de cruzar informações pessoais com precisão e eficiência jamais vistas.

Portanto, percebe-se claramente a necessidade de inovação legislativa para que essa nova prática ganhe regulamentação jurídica. Pois, a deficiência da legislação vigente é nítida. Essa não consegue abranger ou alcançar as características desse novo sistema de forma completa que confira segurança jurídica.

5 A NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA DO CONCEITO DE PRIVACIDADE COMO PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O art. 5º traz em seu artigo 5º, x da CF/88 (BRASIL, 1988) que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, o direito à privacidade é enquadrado como direito fundamental consagrado em cláusula pétrea. Fato esse, já demonstra a importância e atenção especial que esse direito tem nas relações jurídicas.

A essência desse direito impede que a pessoa humana veja determinados aspectos de sua vida expostos a publicidade e outras práticas feitas por terceiros que possam ferir a intimidade.

Não sendo diferente, como esse direito é preservado na maioria das relações sociais, o mesmo acontece quanto a sua incidência no armazenamento de informações no bancos de dados. Principalmente nos dias atuais em que a facilitação da troca de informações gerou um ambiente mais propício a sua violação.

Na medida em que as trocas de informações tornaram-se crescente, as proliferações dos bancos de dados de consumo também acompanharam esse ritmo. Nesse mesmo sentido Ramos (2016) esclarece que há proliferação de bancos de dados de consumo, com informações negativas e positivas sobre o consumidor e o Brasil enfrenta o desafio de evitar abusos e regular esse mercado em um mundo globalizado, no qual a informação é a chave para a conquista de vendas e para a obtenção de lucros.

É evidente a necessidade da incidência do direito a privacidade nas relações de consumo. E isso já é consagrado no CDC. Porém, de acordo com a evolução dos meios e trocas de informação, e inclusive dos bancos de dados, é necessário que esse direito consiga continua abrangendo e regulando essas situações. Pois seria inadmissível um retrocesso de um direito fundamental. Interessante é o conteúdo abordado na teoria das esferas ou círculos que demonstra claramente a incidência desse direito nas relações interpessoais:

A teoria das esferas ou círculos concêntricos parte do pressuposto de que a proteção da intimidade depende da conduta do próprio titular, que, a partir de escolhas pessoais, decide o que vai partilhar ou não com o público. O Código Civil de 2002 obedeceu ao comando constitucional, dispondo, em seu art. 21, que "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (RAMOS, 2016, p. 141).

Doneda (2006) já fazia referência de que o atual problema da atualidade em relação a privacidade é o de considerá-la dentro do atual quadro da organização de poderes. Basta verificar que a partir da década que se inicia em 1970 o direito associou cada vez mais a privacidade com casos de informações armazenadas em bancos de dados.

Em uma abordagem sobre a privacidade nas relações de consumo e, de uma forma mais específica, nos bancos de dados compartilha tem-se a ideia de nomes consagrados sobre a importância da privacidade nessas relações. Assim vale a pena observar:

Robert Ellis Smith ao identificar que quando se fala sobre privacidade, geralmente refere-se não apenas ao direito de manter o caráter confidencial de fatos pessoais, porém ao direito de saber quais informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outros, e também o direito de manter estas informações atualizadas e verdadeiras.

Pietro Perlingieri como uma situação subjetiva complexa, i.e., uma situação que não se expressa através do exercício arbitrário do poder pelo seu titular, porém em um complexo de interesses, tanto do titular quanto da coletividade, que pode dar origem a poderes bem como a deveres, obrigações, ônus aos envolvidos.

ale mencionar a definição que Stefano Rodotà propõe para a privacidade: "o direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada". (DONEDA, 2006, pp. 87, 89, 90).

Sendo assim, percebe-se que a importância da incidência da privacidade sobre os bancos de dados de consumo. Essa é consagrada pela própria legislação brasileira, na CF, CC e CDC como também pelos melhores doutrinadores e estudiosos do direito. Desse modo, é evidente a necessidade de funcionalização da proteção da privacidade para que dela deflua uma disciplina de proteção de dados pessoais que aborde a perspectiva do *Credit Scoring*.

Aplicá-las à atual problemática da regulação do *Credit Scoring*, implica o enfrentamento de definir diretrizes conceituais desse direito. O desafio é interpretar a tecnologia que aborda a atualidade e suas possibilidades em relação aos valores de proteção a privacidade de transparência no ordenamento jurídico.

5.1 O CONCEITO DE PRIVACIDADE COMO DIREITO A AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA OU LIBERDADE INFORMÁTICA

A partir do conceito de privacidade nas relações de consumo surge um novo conceito de liberdade informativa ou mesmo autodeterminação informática. Esse conceito surge como um desdobramento do conceito de privacidade e seu conteúdo é essencial para que se forme um entendimento sobre o uso dos dados de consumo.

Quanto à definição sobre sua natureza tem-se uma imprecisão ao classificá-lo como direito ou princípio, mas independente disso, a sua importância recai sobre o seu conteúdo que confere o direito do consumidor a controlar a utilização dos seus dados pessoais.

Castro *apud* Mendonça (2014) faz referência à essência desse direito e frisa dois elementos que compõe a autodeterminação informativa um de caráter negativo que regula a qualidade de tratamento dos dados, e o outro de caráter positivo que assegura o acesso a esse direito através instrumentos como o habeas data.

Percebe-se assim que tal direito é um desdobramento do conceito de privacidade, ocupando-se de uma finalidade mais específica, qual seja a proteção das informações dos dados pessoais.

Esse conceito/direito inclusive já tem espaço garantido no ordenamento jurídico com previsão expressa na lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) em seu artigo 7º, como se pode observar a seguir:

Art. 7º Acesso a internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (BRASIL, 2014).

Tal dispositivo assegura o direito do consumidor de ter o controle de suas informações pessoais e o direito de escolher o que pode ser compartilhado e, inclusive, excluído. Sendo assim, ao mesmo tempo em que confere ao consumidor o controle sobre seus dados pessoais, implicitamente assegura o direito do consumidor em saber o conteúdo vinculante nesses sistemas.

Dessa forma tal conceito traz uma previsão expressa de transparência e privacidade no que tange aos dados e informações do consumidor, havendo uma nítida rejeição a sistemas que não resguardam ao consumidor o seu direito de autodeterminação informativa.

Assim, a luz desse conceito a atual regulação que o credit scoring recebe seria ilícita, pois devido ao seu caráter oculto haveria violação ao direito/dever de transparência a partir do momento em que são negadas ao consumidor informações básicas sobre o seu sistema de funcionamento como, por exemplo: o significado de uma nota atribuída ao consumidor, a valoração das informações utilizadas nesse sistema, os critérios utilizados para seleção das informações que o compõe. Essas são dúvidas básicas que poderiam surgir ao consumidor diante de sua inclusão nesse tipo de sistema e a negação de tais informações seria uma clara afronta ao direito de autodeterminação informativa que é resguardado ao consumidor.

5.2 DESDOBRAMENTO DO DIREITO A PRIVACIDADE: DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento surge a partir do desdobramento do direito à privacidade. Esse consiste na faculdade de se exigir a não publicização de fato relacionado ao titular, cujo interesse público que existia uma época anterior, esvaneceu-se pelo decurso dos anos.

Ramos (2016) menciona que aplicando o direito de esquecimento aos bancos de dados pode-se analisa-lo através de duas facetas: a de não permitir a divulgação ("*right of oblivion*") e a de buscar a eliminação do fato registrado, que, em virtude do tempo passado, não mais pode ser considerado público, exigindo a autorização do titular para que conste de bancos de dados.

Ainda, no Brasil, Limberger *apud* Ramos (2016, p. 142) foi uma das pioneiras a defender o uso do direito do esquecimento nas relações consumeristas, sustentando que este "constitui-se em um direito ao esquecimento aspecto das prestações do direito à intimidade" e, ainda, que "os dados podem ser guardados por determinado tempo, mas não utilizados eternamente".

No próprio CDC existe regulamentação expressa em relação a efetivação do direito ao esquecimento. No artigo 43, 1º é estipulado que "cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos". Conforme-se também:

Nesse ponto, o Código de Defesa do Consumidor, mesmo sem mencionar expressamente, preocupa-se com a privacidade e a transitoriedade da informação, evitando a perenidade da informação negativa e gerando o controle, pelo consumidor, dos dados sobre sua vida.

Após cinco anos de inserção da informação, entende-se que o motivo que justifica a sua permanência (preservação dos interesses dos concedentes de crédito) é superado pelo respeito à privacidade daquele que, durante anos, foi tido como "mau pagador", não sendo adequado que tal pecha lhe seja imposta perpetuamente. Pela literalidade da norma, o prazo de cinco anos é impositivo somente às empresas de cadastros e bancos de dados de consumo. Resta, então, saber se é possível exigir que terceiros (não gestores de tais bancos de dados) também cumpram seu comando (RAMOS, 2016, p.143).

Portanto, a essência do direito ao esquecimento é mais uma barreira de limite para a sistemática do *Credit Scoring*. Pois, em respeito a esse direito tal sistema não poderia utilizar-se de qualquer informação de outros bancos e cadastros de consumidores para eventuais trocas em razão de essas informações terem um prazo de vida útil de publicação. Sendo assim tal direito aponta mais um motivo para que esse novo modelo de dados sofra uma regulação que contenha sua ilicitude.

6 ATUALIZAÇÃO DO CDC E SUA PREVISÃO QUANTO A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

O Senado Federal, por intermédio do Ato do Presidente, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 281/2012 objetiva atualizar a lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a fim de aperfeiçoar as disposições do capítulo I e dispor sobre o comércio eletrônico.

A crescente complexidade das relações de consumo demanda a previsão de princípios que reforcem a proteção do consumidor frente a nova realidade que se forma. A evolução comercial amplia a vulnerabilidade do consumidor, e para que a proteção ao consumidor seja efetivada é necessário que se amplie também o alcance normativo nas relações de consumo.

Nesse contexto o anteprojeto de lei traz a disciplina do comércio eletrônico, em linhas gerais, e também já contempla a necessidade da proteção da autodeterminação e privacidade dos dados dos consumidores. Ao artigo 6º do CDC é acrescentado os dois incisos, XI e XII que reconhecem a previsão expressa de diretrizes básicas de autodeterminação, privacidade e segurança das informações e dos dados pessoais que merecem proteção nas relações de consumo:

Art. 6º

[...]

XI - a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive eletrônico;

XII - a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada forma de discriminação e assédio de consumo. (NR) (BRASIL, 2012).

Ainda pode se apontar o art. 44-F, § 2.º, II, como um fator importante no reconhecimento da privacidade em relação a proteção dos dados dos consumidores, conforme explica Goulart (2016, p.462) "é estabelecido um dever do fornecedor sempre informar, nas mensagens eletrônicas enviadas, o modo como obteve os dados do consumidor". Trata-se de uma ampliação do dever de informar abrangendo a fonte dos dados utilizados.

Ainda o artigo 72 recebe o desdobramento do artigo 72-A que aborda o tema de compartilhamento de informações pessoais dos consumidores, condicionando-o a necessidade expressa autorização do titular.

Art. 72-A. Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, sal exceções legais. Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 2012).

Nessas novas previsões podemos perceber que as previsões dos citados dispositivos, ainda de que de uma forma tímida, conseguem alcançar a situação do

"*scoring*" enfatizando a preocupação com a privacidade e segurança do consumidor frente ao compartilhamento de dados pessoais.

Porém, a presente reforma ainda é insuficiente para a regulação desse instituto o qual rompe as previsões do artigo 43 do CDC, que regula os cadastros negativos, nem tão pouco na previsão dos positivos, regulado pela lei dos Cadastros positivos e a lei 12.414/2011. O *Credit Scoring* necessita de uma regulamentação legal específica que atenda a suas peculiaridades, as quais ainda não foram previstas pela atual legislação e nem mesmo no conteúdo previsto na reforma do CDC, que pode alcançar apenas de maneira genérica e tímida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o contexto histórico das primeiras articulações de informação dos consumidores e a formação dos primeiros bancos de dados, percebe-se uma evolução constante desses dispositivos os quais ao longo do tempo vieram enfrentando a regulação legislativa para efetiva proteção do consumidor.

Porém, diante da incidência de tecnologias e redes cibernéticas nas relações sociais as legislações atuais têm se revelado insuficientes no alcance da nova realidade de consumo. Essa insuficiência se confirma, em especial, quanto ao *Credit Scoring*, o qual tem revelado uma natureza *Sui generis* devido ao seu sistema de cruzamento de informações considerado oculto.

O posicionamento do STJ pela legalidade desse dispositivo, *Credit Scoring*, diante da ausência de normas específicas tenta aplicar a esse através de uma interpretação analógica as regulações referentes a lei dos cadastros positivos (12.414). Porém o próprio Tribunal Superior admite que o *Credit Scoring* não configura um sistema de banco de dados, mas sim um sistema algoritmo. Assim, vai além de um banco de dados positivo e negativo, pois conjuga a análise de várias informações do consumidor e de vários bancos de dados.

O maior problema desse sistema se concentra na ausência de transparência quanto a sua pesquisa e classificação. A principal violação recai sobre o direito de transparência inerente ao consumidor o qual fica sem saber como seus dados foram obtidos e de que forma foram utilizados.

O *Credit Scoring* ao gerar uma nota ao consumidor a torna como elemento central para concessão de crédito. Assim, nada seria mais justo que o consumidor fosse informado dos critérios e informações utilizados para a avaliação da concessão de seu crédito. Diante disso, a negação dessas informações é uma afronta clara aos direitos de transparência e privacidade, representando um verdadeiro retrocesso aos direitos do consumidor.

A decisão do STJ que optou pela legalidade desse sistema nos moldes de sigilo sobre o seu funcionamento utilizou o fundamento da proteção de direitos autorais baseado na propriedade intelectual justificando o sigilo de tal sistema para que não houvesse quebra quanto a proteção desse software.

Porém, a luz do direito do consumidor diante dos princípios e direitos basilares de transparência e privacidade e seus respectivos desdobramentos, tem-se garantido o direito de transparência e informação ao consumidor sobre a utilização de seus dados pessoais. Dessa forma deve prevalecer a proteção a transparência e privacidade do consumidor frente ao direito de segredo empresarial em respeito ao não retrocesso das garantias e direitos conquistados pelo consumidor.

Posto isso, vislumbra-se que uma forma de assegurar a segurança jurídica nessas relações é através da regulação de direitos e deveres sob a luz dos princípios da transparência, privacidade, intimidade, com respeito principalmente a incidência do direito a autodeterminação informativa do consumidor, quanto:

- a) Ao modo de utilização e de compartilhamento.
- b) A estipulação de prazo de permanência desses dados e especificar as vedações quanto aos direitos pessoais
- c) A regular a extensão do uso de dados
- d) A definição da forma de garantia da transparência nessas relações
- e) A estabelecimento das consequências quanto as possíveis violações aos direitos do consumidor.

Dessa forma, vislumbra-se a necessidade da evolução legislativa através de uma criação de lei específica ou mesmo através da reforma do novo CDC, essa seria uma proposta em longo prazo. Em curto prazo, o mais eficaz seria o judiciário partir de uma hermenêutica protecionista sob enfoque dos princípios da transparência e privacidade direcionando o funcionamento do *Credit Scoring* a luz da autodeterminação informativa conjugada com o direito do esquecimento. Porém, dessa vez de forma mais específica

estabelecendo conceitos, deveres e formas de funcionamento. Pois, só assim pode-se garantir proteção efetiva aos direitos dos consumidores em resguardo a segurança jurídica e ao não retrocesso a proteção do consumidor.

THE LACK OF RANGE OF CONSUMER LEGISLATION IN FORCE IN FRONT OF THE NEW DATABASE MODE: “CREDIT SCORING”

ABSTRACT

This article aims to generalize about the evolution of consumption databases, in particular the Credit Scoring. What justifies this article is the need for preservation of basic principles in consumer relations, such as transparency and privacy, through specific legislative regulation that deals with this unique Institute. That said, focuses the research problem: the consumer legislation in force can achieve the reality of Credit Scoring, without that represents a setback to consumer rights protectionist? To answer that question, sought to carry out a study of the doctrine, the legislation in force and the understanding of the higher courts, in particular the special appeal n° 1,419,697/RS, on the parameters and current guidelines that try to achieve and regulate Credit Scoring.

Keywords: Consumer database. Credit Scoring. Right to privacy and transparency.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 set. 1990.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 jan. 2002.

_____. Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. **Lei do Cadastro Positivo**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09 jun. 2011.

_____. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Lei do Marco Civil da Internet**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 23 abr. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ, Recurso Especial 1419697/RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 12 de novembro de 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. TJRS, Apelação Cível 70053783122/RS. Relator Marilene Bonzanini Bernardi. Julgamento em 22 de abril de 2013.

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

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6º ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora RT, v. 25, n. 104, p. 131-147, 2016.

GOULART, Guilherme Damásio. Por uma visão renovada dos artigos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Editora RT, v. 107, p. 447 – 482, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, Editora RT, 7º ed., 2014.

SALOMÃO, Lucas. **Sistema de pontuação para dar crédito a consumidor é legal, diz STJ**. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/11/sistema-de-pontuacao-para-dar-credito-consumidor-e-legal-diz-stf.html>. Acesso em: 12 de agosto de 2017.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **O direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil**. In: XI Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11702/1571>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.