

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO

VICTOR HUGO PÉREZ ALVES

RIO DE JANEIRO

2008

VICTOR HUGO PÉREZ ALVES

DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Amaral

RIO DE JANEIRO

2008

VICTOR HUGO PÉREZ ALVES

DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NOS
CONTRATOS DE CONSUMO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Francisco Amaral – Presidente da Banca Examinadora
Prof. Dr. Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ – Orientador

Aos meus queridos avós, que não tiveram a oportunidade de estudar durante a juventude:

José Pérez Dominguez (*in memoriam*)

Dolores Lopez Blanco de Pérez

Severino Francisco Gomes

Joanna Alves Gomes

Agradecimentos

Agradeço a Deus, Aquele que é.

À minha família, principalmente meus pais e minha irmã, pelo sacrifício e paciência contínuos.

Ao meu orientador, professor Francisco Amaral, que desde o início da faculdade despertou meu interesse pelo direito civil, ramo marcado pela tradição, abstração e profundidade analítica.

Agradeço ao Ministério da Justiça, especialmente ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), onde tive a oportunidade de conhecer o tema aqui desenvolvido.

Aos grandes amigos da Faculdade Nacional de Direito: Matheus Cardoso, Vinicius Machado, Helena Guedes, Augusto Fonseca, Danilo Veras, Cristiano Mourão, Ian Bussinger, Ricardo Consentino, Marcelo Dickstein, Larissa Cintra e Diego Ferverza são alguns dos nomes que vêm à mente após cinco anos de convivência.

“Jus est realis et personalis hominis ad hominem
proportio, quae servata servat societatem, corrupta
corrumpit.”

Dante Alighieri

RESUMO

Alves, Victor Hugo Pérez. Direitos da personalidade e a proteção de dados pessoais nos contratos de consumo. 2008. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2008.

Os direitos da personalidade são freqüentemente caracterizados como intransmissíveis e irrenunciáveis. Entretanto, verifica-se que a experiência social se contrapõe a tal postulado jurídico. A realização da personalidade humana passa pela possibilidade de limitação do exercício de alguns direitos da personalidade, até mesmo como forma de efetivo respeito à liberdade. Por isso que a tutela da personalidade numa sociedade complexa e pluralista como a atual deve estar lastreada na cláusula geral da personalidade, apta a concretizar os diversos modos de ser dos indivíduos. A primeira parte do trabalho volta-se justamente para o estudo e caracterização dos direitos da personalidade, dando-se destaque ao direito à privacidade, ao qual está vinculado o tema da proteção dos dados pessoais. Tal direito, de ampla aplicação e tradicional divergência conceitual, aproxima-se cada vez mais do aspecto informacional. A autodeterminação informativa do indivíduo ganhou espaço na sociedade moderna frente aos aparatos tecnológicos, tornando-se sub-espécie do direito à privacidade. Na segunda parte é estudado o conceito de dados pessoais, diferenciando-os dos dados sensíveis. Traça-se um quadro geral da proteção dos dados pessoais nos dois sistemas especializados mais relevantes, quais sejam, o modelo norte-americano e o modelo europeu. Com base na regulação alienígena e no direito positivo nacional, intenta-se apresentar, em linhas gerais, o modelo brasileiro de proteção de dados pessoais, moldado pela privacidade e a cláusula geral da personalidade, pelo instituto do habeas data e pelo Código de Defesa do Consumidor. A última parte do trabalho utiliza o estudo desenvolvido nos capítulos anteriores para estabelecer quais são os limites existentes para a cessão de dados pessoais no âmbito dos contratos de consumo. Inicialmente, são apresentadas as características desse contrato, sublinhando-se que a autonomia privada, ainda que mitigada, tem papel fundamental para o seu conteúdo. São pormenorizados os limites da ordem pública e dos bons costumes. Em seguida, são estudados os princípios da socialidade e da eticidade, orientadores do Código Civil de 2002, fazendo-se uma conexão com o campo das obrigações e seus princípios específicos: função social dos contratos e boa-fé objetiva. Depois, os limites são perquiridos também no direito do consumidor, onde destacam-se os princípios da vulnerabilidade, da transparência ou informação e da liberdade de escolha. Por último, demonstra-se porque a circulação de dados pessoais sem solicitação prévia e sem consentimento constituem prática abusiva.

Palavras-chaves: Direitos da personalidade. Direito à privacidade. Autodeterminação informativa. Proteção de dados pessoais. Modelos de proteção de dados pessoais. Contratos de consumo. Autonomia privada. Limites à autonomia privada. Cessão e circulação de dados pessoais de consumidores.

RESUMEN

Alves, Victor Hugo Pérez. Direitos da personalidade e a proteção de dados pessoais nos contratos de consumo. 2008. 78 f. Monografía (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Rio de Janeiro, 2008.

Los derechos de la personalidad son frecuentemente caracterizados como intransmisibles y irrenunciables. Sin embargo, se verifica que la experiencia social se contrapone al postulado jurídico. La realización de la personalidad humana pasa por la posibilidad de limitación del ejercicio de algunos derechos de la personalidad, como forma de efectivo respeto a la libertad. Por eso que la tutela de la personalidad en una sociedad compleja y pluralista como la actual debe estar basada en la cláusula general de la personalidad, apta a concretar los diversos modos de ser de las personas. La primera parte del trabajo se vuelve justamente hacia el estudio y la caracterización de los derechos de la personalidad, atribuyéndose relieve al derecho a la privacidad, vinculado al tema de la protección de los datos personales. Este derecho, de amplia aplicación y tradicional divergencia conceptual se acerca cada vez más del aspecto informacional. La autodeterminación informativa del individuo ganó espacio en la sociedad moderna frente a los aparatos tecnológicos, transformándose en una sub-especie de derecho a la privacidad. En la segunda parte es estudiado el concepto de datos personales, diferenciándoles de los datos sensibles. Se traza una pantalla general de la protección de los datos personales en los dos sistemas especializados más relevantes, o sea, el modelo estadounidense y el modelo europeo. Basándose en la reglamentación extranjera y en el derecho positivo nacional se intenta presentar, en líneas generales, el modelo brasileño de protección de datos personales, moldeado por la privacidad y la cláusula general de la personalidad, por el instituto del habeas data y por el Código de Defensa del Consumidor. La última parte del trabajo utiliza el estudio desarrollado en los capítulos anteriores para establecer cuales son los límites existentes para la cesión de datos personales en el ámbito de los contratos de consumo. Inicialmente son presentadas las características de ese contrato, subrayándose el hecho de que la autonomía privada, a pesar de mitigada, tiene un papel fundamental para su contenido. Son pormenorizados los límites del orden público e de las buenas costumbres. En seguida son estudiados los principios de la socialidad y de la eticidad, orientadores del Código Civil del 2002, haciéndose una conexión con el campo de las obligaciones y sus principios específicos: función social de los contratos y buena fé objetiva. Después los límites son buscados en el derecho del consumidor, donde se destacan los principios de la vulnerabilidad, de la transparencia o información y de la libertad de elección. Por último se demuestra porque la circulación de datos personales sin solicitud anterior y sin el consentimiento constituyen práctica abusiva

Palabras-clave: Derechos de la personalidad. Derecho a la privacidad. Autodeterminación informativa. Protección de datos personales. Modelos de protección

de datos personales. Contratos de consumo. Autonomia privada. Límites de la autonomia privada. Cesión y circulación de datos personales de consumidores.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITOS DA PERSONALIDADE	13
2.1 Conceito. Origem. Fundamentos. Características	13
2.1.1 <u>A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade: preceito legal e a necessidade do estabelecimento de novos parâmetros</u>	16
2.2 Classificação dos direitos da personalidade e a cláusula geral da personalidade .	19
2.3 O direito à privacidade	22
2.3.1 <u>Breve evolução histórica do direito à privacidade: conceito atual e a inserção da privacidade na sociedade contemporânea</u>	26
2.3.2 <u>O novo paradigma da privacidade e o direito à autodeterminação informativa</u>	29
3. DADOS PESSOAIS	32
3.1 Conceito. Funções nos contratos de consumo	32
3.2 Os dados pessoais como projeções da personalidade. Dados pessoais e dados “sensíveis”	36
3.3 A proteção conferida aos dados pessoais	39
3.3.1 <u>A experiência internacional</u>	39
3.3.2 <u>O modelo brasileiro de proteção dos dados: privacidade, <i>habeas data</i> e Código de Defesa do Consumidor</u>	44
4. FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS NOS CONTRATOS DE CONSUMO ...	50
.....	50
4.1 O contrato de consumo	50
4.2 Limites quanto aos contratos celebrados pelos consumidores: a cessão	55
4.2.1 <u>A autonomia privada e o poder jurígeno dos particulares como elementos realizadores da personalidade e o papel do consentimento na autodeterminação informativa</u>	56
4.2.1.1 <u>Os limites da autonomia privada</u>	60

4.2.2 <u>Os princípios e regras do Código Civil aplicáveis: princípios da socialidade e da eticidade e suas expressões no âmbito contratual</u>	62
4.2.3 <u>Os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis: princípios da vulnerabilidade, da transparência ou informação e liberdade de escolha e suas expressões no âmbito contratual</u>	65
4.3 Limites quanto aos contratos celebrados pelos fornecedores: a circulação	68
5. CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	75

1. INTRODUÇÃO

O direito civil, principalmente quando visto por especialistas de outros ramos jurídicos, é muitas vezes caracterizado como uma área preocupada exclusivamente com bens patrimoniais, cujas atenções estariam voltadas para a formação e solução das obrigações e para a proteção da propriedade privada.

Talvez não falte uma parcela de razão à tese¹, já que o patrimônio tem um lugar tradicionalíssimo entre os objetos de tutela do direito civil.

Ihering, entretanto, já no século XIX tecia críticas ao exagero patrimonialista do direito comum em seu clássico “A Luta pelo Direito”:

[...] e eu entendo por essa essência aquele idealismo que na lesão do direito não vê somente um ataque à propriedade, mas à própria pessoa. O nosso direito comum não dá o menor apoio a este idealismo; a medida a que reduz todas as lesões do direito, com exceção da honra, é exclusivamente a do valor material. O vulgar e chato materialismo atingiu aqui a sua expressão mais completa.

Mas o direito deve então, quando se trata do teu e do meu não garantir ao lesado do que o objeto do litígio ou do seu valor? Se isso fosse justo poderia também deixar ir à vontade o ladrão quando entregou o objeto roubado².

No século XX, o enfoque econômico já não subsiste como perspectiva central. Vigora a idéia de que o objeto primordial do direito civil é a tutela da personalidade humana³.

Tal fenômeno de conversão, chamado de “personalização do direito civil”, decorre do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento jurídico. Através desta personalização, passa o “sujeito de direitos” - agora encarado como pessoa - a constituir o valor central a ser tutelado⁴.

A discussão tem relevo na medida em que o tema que dá o embasamento teórico aos institutos que são tratados nesta monografia, qual seja, os direitos da personalidade, foge ao “vulgar e chato materialismo” mencionado por Ihering, encontrando abrigo justamente nessa valorização do ser humano que constitui expressão do personalismo ético⁵.

¹ “Há valores preciosos aos homens que escapam à alçada do direito privado, porque não têm conteúdo econômico. Refiro-me àqueles direitos personalíssimos, tais como a vida, a honra, a liberdade etc.” RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

² IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 68-69.

³ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140.

⁴ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 155.

⁵ Personalismo ético é o princípio segundo o qual todo ser humano é pessoa, individual e concreta. Loc. cit.

Isto porque tais direitos são caracterizados pela doutrina como direitos extrapatrimoniais, e, dessa forma, não avaliáveis em dinheiro⁶. A economicidade neste campo não é fator determinante, apesar de não se negar que por vezes possam ganhar um cunho econômico⁷, como ocorre com os direitos de autor ou com o direito à imagem.

Nesse contexto, em seu primeiro capítulo o trabalho pretende traçar um panorama geral e resumido dos direitos da personalidade, caracterizando-os e ressaltando o equívoco de se apontar uma pretensa irrenunciabilidade sem qualquer tipo de ressalva ou observação.

Após uma pequena análise da classificação dos direitos da personalidade e da importância da já difundida “cláusula geral da personalidade”, é posto em evidência o direito à privacidade, espécie de direito da personalidade que ganha especial importância devido às violações e adaptações conceituais que tem sofrido em decorrência dos novos problemas surgidos na sociedade.

Feita uma apresentação história do direito à privacidade, adota-se e defende-se o conceito de autodeterminação informativa – por sua vez, espécie de direito à privacidade - como maneira hodierna de efetivação do livre desenvolvimento da personalidade⁸.

Assentadas as bases orientadoras da monografia, no segundo capítulo é analisado o tema dos dados pessoais, principalmente no que concerne às suas funções dentro dos contratos de consumo e sua diferenciação em relação aos badalados “dados sensíveis.” Ressalta-se o fato de constituírem projeção da personalidade humana, o que impõe uma efetiva proteção - ainda que não fundada em lei específica⁹ - tendo em vista o gigantesco aparato tecnológico que facilita seu armazenamento e utilização, em claro perigo para o direito à privacidade.

Na busca por parâmetros, a monografia faz pequena digressão ao direito estrangeiro, a fim de absorver pontos reputados importantes, aptos a auxiliar na delimitação do modelo de proteção que vige no Brasil. Verifica-se que tal modelo está calcado principalmente na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor no instituto do *habeas data*.

⁶ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 252.

⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

⁸ A expressão é amplamente utilizada na doutrina, em diplomas normativos internacionais e em constituições alienígenas. Como exemplos, o art. XXII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, o art. 26º da Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976 e o art. 2º, inciso I da Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949.

⁹ Como será detalhado ao longo do trabalho, diversos países já possuem leis específicas tratando do tema. A título demonstrativo, ressalte-se que todos os países que integram a União Européia já foram obrigados a criar suas respectivas leis sobre dados pessoais.

O último capítulo se dedica ao estudo dos limites da cessão dos dados pessoais nos contratos de consumo e sua posterior circulação entre sociedades fornecedoras, tendo o cuidado preliminar de sublinhar a desigualdade que caracteriza a relação, o que origina restrições maiores que as comuns à autonomia privada.

Quanto à cessão de dados pessoais, levando-se em conta a anomia direta¹⁰ e o intuito de esboço limitativo, utilizam-se duas fontes do direito: a fonte negocial - expressão da autonomia privada - e os princípios e regras aplicáveis aos contratos de consumo provenientes do ordenamento como um todo, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere à circulação, ou seja, às transações entre sociedades fornecedoras de dados pessoais que se dão em fase posterior, portanto, à cessão dos dados pessoais, também tenta-se estabelecer alguns parâmetros limitadores fundados no estudo anterior da cessão.

Longe de ter o propósito de esgotar tema tão atual e sujeito a pesquisas mais profundas, a monografia objetiva, dentro de um processo de dedução dogmático, desvelar uma conexão entre direitos da personalidade e dados pessoais, trazendo os conceitos construídos a partir deste processo até a celebração cotidiana dos contratos de consumo, nos quais por vezes a parte mais frágil - o consumidor - não sabe corretamente a licitude e a procedência da solicitação de certas informações ou não tem noção dos poderes concedidos pelo ordenamento para a proteção de sua privacidade.

A procura por dados pessoais pelas sociedades empresárias é avassaladora, e se dá tanto no momento da celebração dos contratos como em fase ulterior, com outras sociedades, através da compra e venda e da permuta de dados.

Desta forma, consciente da tutela concedida à personalidade pelas novas estruturas jurídicas - inclusive em âmbito constitucional¹¹ - é que se faz necessário o estudo dos limites quanto ao tratamento dos dados e das prerrogativas concedidas ao consumidor-cidadão.

¹⁰ Não se afirma, aqui, a falta de normatividade, mas sim de legislação específica.

¹¹ Os direitos da personalidade são cirurgicamente caracterizados por Pontes de Miranda como “ubíquos”, ou seja, “[...] não se pode dizer que nasce no direito civil, e daí se exporta aos outros ramos do sistema jurídico e ao sistema jurídico supra estatal; nasce, simultaneamente, em todos.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* – Direito de Personalidade/ Direito de Família. Tomo 7. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, p. 13.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Conceito. Origem. Fundamentos. Características

Aos direitos da personalidade predominantemente se confere a estrutura de direitos subjetivos¹². Amolda-se, assim, a tradicional estrutura na qual o ordenamento outorga poderes ao sujeito de direitos para que este exija determinado comportamento ativo ou passivo de outrem.

É de se observar que o crucial para a sua conceituação, entretanto, não está na estrutura - de todos conhecida -, mas sim no seu objeto, ou seja, o bem jurídico da personalidade. Aqui, verifica-se situação jurídica peculiar na qual, à primeira vista, parece haver confusão entre o sujeito de direitos (pessoa) e o objeto do direito¹³.

Entretanto, “considera-se, atualmente, que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa [...]”¹⁴, ou seja, as várias expressões que emanam da personalidade humana formariam o objeto da tutela. Mais especificamente, há um consenso em dizer que tais expressões da personalidade se referem aos aspectos físicos, morais e intelectuais da pessoa.

Em suma, direitos da personalidade são direitos subjetivos conferidos às pessoas naturais¹⁵ que têm como objeto expressões da personalidade humana, nos seus aspectos físicos, morais e intelectuais.

A tutela da personalidade, em qualquer dos aspectos em que se manifesta, já era realizada no direito romano através de um remédio chamado *Actio Injuriarum*¹⁶.

A referência histórica serve para demonstrar que, apesar da construção da categoria dos direitos da personalidade ser obra da doutrina germânica da última metade do século XIX¹⁷, sua relevância jurídica remonta às próprias origens do Direito.

¹² AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 249-252.

¹³ Justamente por isso Savigny rejeitava a existência de direitos da personalidade. Para o jurista alemão, não seria possível a hipótese de um sujeito de direito ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de seu próprio direito. Neste sentido: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 20.

¹⁴ Loc. cit.

¹⁵ Por não fazer parte do objeto da pesquisa, não se adentrará no tema da titularidade de direitos da personalidade por pessoas jurídicas.

¹⁶ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral - Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 191.

¹⁷ Loc. cit.

Francisco Amaral afirma que “o Código de Hamurabi já estabelecia sanções para o caso de lesões à integridade física ou moral do ser humano¹⁸.” Entretanto, verifica-se que é a partir da filosofia e do pensamento jurídico grego, de onde surge o dualismo de fontes jurídicas, ou seja, direito positivo e direito natural, que a personalidade passa a ser realmente valorizada como fato natural inato ao homem, cabendo ao Estado apenas reconhecê-la e respeitá-la¹⁹. Forma-se, assim, a noção geral e abstrata de pessoa²⁰.

O Cristianismo e o conceito de dignidade humana por certo contribuíram para o desenvolvimento e consolidação dos direitos da personalidade. O cristão já não é “[...] *parte* do organismo político, ele é um *todo*, um valor em si. Ele mesmo é um fim superior aos fins temporais da política, e sua pessoa transcende o Estado²¹” (grifos do autor). A influência desta concepção, como salientado, será sentida já em Roma²².

Posteriormente, com o Renascimento e o Iluminismo, que trazem à lume o Antropocentrismo, reconhece-se o indivíduo como valor central do sistema jurídico, passando-se a admitir como objeto de direitos não somente coisas externas ao homem, apropriáveis, mas também a própria pessoa humana.

Como conseqüência de tais postulados filosóficos, influentes até os dias atuais, surgem diplomas de grande importância: Carta Magna (1215); *Bill of Rights* (1689); Declaração de Independência das colônias inglesas na América do Norte (1776); Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950), dentre outros²³.

Essa permanência histórica dos direitos da personalidade deriva de sua própria essência, ligada à natureza humana, de tal modo que em todas as fases da civilização romano-cristã a proteção da personalidade esteve presente, jamais sendo anulada por completo. Conceitos normativos ou teóricos sempre garantiram o mínimo essencial de respeito à pessoa como ser individual²⁴.

A tutela da personalidade encontra fundamento na própria natureza humana. É ela o sustentáculo de todos os enquadramentos e escopos jurídicos da personalidade, presentes em

¹⁸ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 255.

¹⁹ Loc. cit.

²⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 44.

²¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 127.

²² CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 46.

²³ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 256.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Volume I*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 238.

diversos setores do Direito²⁵. Por isso que na conceituação dos bens emanados da personalidade é importante “[...] recolher e ponderar os contributos de outros ramos da antropologia, mais directamente ligados à compreensão da fenomenologia humana²⁶.” Em trabalho clássico, Capelo de Sousa destaca o contributo bio-psicológico e o contributo ético-filosófico²⁷.

O reconhecimento dos direitos da personalidade concretiza o homem como centro e raiz do ordenamento jurídico. Na Constituição Federal (“CF”), o art. 1º, inciso III, traz como um dos fundamentos da República o princípio da dignidade da pessoa humana, “bússula” legitimadora do sistema. A pessoa humana passa a ser, desta forma, o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do Direito²⁸.”

Também o Código Civil (“CC”) adaptou-se ao novo modelo, disciplinando pela primeira vez os direitos da personalidade em capítulo próprio, logo no início do diploma, o que reflete o redirecionamento à pessoa, que passa a constituir o valor máximo também no direito civil²⁹.

Quanto às características dos direitos da personalidade, é de se ressaltar a falta de homogeneidade na doutrina: cada autor tende a acrescentar ou excluir alguma das características normalmente listadas³⁰.

Carlos Alberto Bittar caracteriza-os como inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e oponíveis *erga omnes*³¹.

Mais sucinto, San Tiago Dantas os tem como absolutos, inestimáveis em dinheiro, inalienáveis e imprescritíveis³².

Capelo de Sousa aponta a oponibilidade *erga omnes*, a intransmissibilidade, a indisponibilidade com limitações, a perenidade, a imprescritibilidade, a extrapatrimonialidade e a inderrogabilidade³³.

²⁵ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 250-251. Destaca-se a proteção da personalidade no direito constitucional, civil e penal.

²⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 110.

²⁷ Ibid. p. 110-112.

²⁸ MIRANDA, 1985; CAPELO DE SOUSA, 1995 *apud* AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 250.

²⁹ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº p. 71-99, jun. 2005.

³⁰ Para conhecimento do posicionamento de diversos autores: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 34-35.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 11.

³² DANTAS, San Tiago. Op. cit. p. 194-195.

³³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 401-419.

Para Francisco Amaral são essenciais, pois ligados à própria natureza humana; inatos, já que nascem juntamente com a pessoa; permanentes, pois acompanham o indivíduo desde o momento do seu nascimento até a morte; indisponíveis³⁴, porque não sujeitos a alienação; absolutos, tendo em vista sua eficácia *erga omnes*; imprescritíveis, vez que inexistente prazo para o seu exercício; e por fim, extrapatrimoniais, porque insuscetíveis de avaliação em dinheiro, salvo os direitos de autor e de propriedade industrial, que têm regime próprio³⁵.

A observação feita pelo autor relativa à indisponibilidade, que para o trabalho se confunde com a irrenunciabilidade, salientando não se tratar de característica absoluta, bem como a ressalva de Capelo de Sousa, utilizando-se da expressão “indisponibilidade com limitações”, são de grande importância para o presente trabalho, razão pela qual se impõe maior minúcia no estudo desta característica.

2.1.1 A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade: preceito legal e a necessidade do estabelecimento de novos parâmetros

O CC de 2002 trouxe como uma de suas novidades a inclusão de um capítulo inteiramente dedicado aos direitos da personalidade³⁶. O art. 11³⁷, que introduz a disciplina, elenca um rol de atributos dos direitos da personalidade, incluindo entre estes a irrenunciabilidade: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Uma interpretação literal do preceito legal impede qualquer limitação do exercício dos direitos da personalidade, exceto quando da existência de lei autorizadora. É o que ocorre, por exemplo, com a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo para fins de transplante ou tratamento³⁸. Cumpridas as exigências legais, tais como a gratuidade da

³⁴ “Essa indisponibilidade não é, porém, absoluta, admitindo-se, por exemplo, acordo que tenha por objeto direito da personalidade, como ocorre no caso de cessão do direito de imagem para fins de publicidade. Também é válida a disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte (CC. Art. 14). Inadmissível, todavia, a penhora por um credor, de um direito da personalidade. Por outro lado, algumas limitações poderão impor-se, no interesse geral, como a vacinação obrigatória.” AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 252.

³⁵ Loc cit.

³⁶ Capítulo II do Livro I: “Dos Direitos da Personalidade”, arts. 11 a 21 do CC.

³⁷ O referido artigo, juntamente com o art. 12, forma uma “parte geral” do capítulo dedicado aos direitos da personalidade.

³⁸ Art. 9º da Lei nº 9.434. de 4 de fevereiro de 1997.

disposição, a finalidade, o grau de parentesco, a autorização judicial, bem como tratando-se de órgão duplo cuja retirada não comprometa nem prejudique a vida do doador, poderá ser limitado o exercício do direito sobre a integridade física. Trata-se de uma das possibilidades previstas no sistema pátrio.

Dentro de um quadro formalista - de redução do Direito à norma -, não existiriam maiores dificuldades para a atividade do intérprete, não fosse a velocidade e a complexidade da sociedade contemporânea, pós moderna ou pós-industrial, na qual rápidas mudanças e novas situações surgem a cada instante³⁹, sujeitando-se, inclusive, ao poder da autonomia privada e, conseqüentemente, a negócios jurídicos. Em um instante, a desconformidade entre a norma e a verdade comum é patente. Nestes casos, a experiência mostra que não pode o Direito se apartar do momento e do ambiente de sua aplicação. As manifestações da vida social, como a economia e os costumes, devem ser relevados no cotejo com a vontade legislativa, cabendo ao intérprete adaptar o texto às condições emergentes e imprevistas⁴⁰.

Os fatores sociais relacionados à irrenunciabilidade de diversos direitos da personalidade mostram a inadequação da redação estreita do código, por vezes corrigida em comentários feitos pelos doutrinadores⁴¹. Verifica-se, portanto, a necessidade da busca por um novo alcance da norma, com efeitos menos restritivos.

Para Brunello Stancioli, a previsão relacionada à indisponibilidade seria “[...] de todo desarrazoada. [...] A impossibilidade de exercício da autonomia, no concernente aos direitos da personalidade é a negação de um dos elementos constitutivos da pessoa: a liberdade⁴².” A previsão, como está atualmente, acaba por prejudicar a autonomia, elemento do qual Kant derivou sua difundida teoria sobre a dignidade humana⁴³.

³⁹ AMARAL. Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n° 21, p. 3-20, 2002.

⁴⁰ MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 129.

⁴¹ É o caso, por exemplo, de Francisco Amaral e Caio Mário da Silva Pereira. Em trabalho específico, Roxana Cardoso Brasileiro Borges.

⁴² STANCIOLI. Brunello Souza. Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro. *Net*, Revista Videtur, n° 27. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>>. Acesso em 22 set. 2008.

⁴³ “El único límite de las diferentes autonomías individuales será la necesidad de coexistencia de unas y otras, como surge de este texto de Kant: ‘nadie puede obligarme a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal’. Como es sabido, se debe a este último autor la vinculación entre la autonomía, tal como ha sido descrita, y la dignidad humana.” CIANCIARDO. Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. 1. ed. Pamplona: Eunsa, 2000, p. 18. Observe-se que o Cristianismo deriva a dignidade do homem de sua existência espiritual, e não da autonomia que possa vir a ter ou não. É a espiritualidade que define e dignifica a pessoa.

Em tese, está-se diante de um contra-senso, na medida em que desejoso de proteger a personalidade numa vertente negativa de vedação à violação, o legislador fere outra expressão do valor personalidade: a autonomia.

No bojo de tais discussões é que foi aprovado o enunciado n° 4 na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal (CEJ), em setembro de 2002, sob a coordenação do ex-ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Segundo o entendimento dos juristas que compunham o encontro, “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.” Em outras palavras, pode o titular renunciar ao exercício, mas nunca ao direito em si. É o que também afirma parte da doutrina internacional⁴⁴.

A possibilidade de limitação torna-se, de acordo com os postulados da liberdade, imperativo da própria personalidade. Assinala Capelo de Sousa que o homem é uma unidade que vai criando a si mesmo, impulsionado pela liberdade e pelo poder de autodeterminação que dela deriva. Segue cada pessoa o rumo que deseja, segundo finalidades próprias, não podendo a tutela da personalidade constituir elemento estático e limitador do homem. Na verdade, a personalidade toma forma e se modifica “[...] com as inflexões que a liberdade do homem, adentro da sua esfera pessoal, introduz na respectiva personalidade⁴⁵.”

A interpretação doutrinária contida no enunciado n° 4 está mais de acordo com o sistema jurídico de proteção da personalidade vigente e, como será demonstrado, com o novo paradigma do direito à privacidade. De fato, os direitos da personalidade - hoje, mais do que nunca - sofrem limitações subjetivas: a intimidade de pessoas famosas é repetidamente violada com ou sem seu consentimento, a imagem-retrato é comumente comercializada com autorização expressa dos modelos fotográficos, o direito moral do autor muitas vezes não é exercido, os dados pessoais são fornecidos por seus titulares em negócios jurídicos, etc. As hipóteses são incontáveis.

Talvez tenha sido mais coerente o legislador português na regulamentação do assunto. O art. 81 do Código Civil português - que tem o título de “limitação voluntária dos direitos de personalidade” - determina a viabilidade da limitação, desde que voluntária e consentânea aos princípios da ordem pública. A limitação voluntária será sempre revogável pelo titular do direito, ainda que permaneça a obrigação de reparar as legítimas expectativas da outra parte.

⁴⁴ Em Portugal: ASCENÇÃO. José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. I. – Introdução, as Pessoas, os Bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 79. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 404-412.

⁴⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 406.

Observe-se, por hora, que o art. 11 do CC é no mínimo exagerado em sua rigidez normativa, o que lhe retira credibilidade e verossimilhança. Primeiro, porque na prática, não somente nos casos previstos em lei é que expressões da personalidade são limitadas. Segundo, porque a limitação dessas expressões constitui, antes de tudo, o exercício de outro direito da personalidade, qual seja, a liberdade, manifestada juridicamente na autonomia da vontade e na autonomia privada⁴⁶.

Visto que de fato há uma limitação voluntária de expressões dos direitos da personalidade, necessário saber qual direito especificamente seria “violado” ou “exercido” (dependendo da perspectiva adotada) quando da cessão de informações.

Antes do estudo de tal direito, porém, apresentar-se-á a classificação geralmente adotada quanto aos direitos da personalidade e a fonte concreta do ordenamento jurídico atual para a sua tutela: a cláusula geral da personalidade.

2.2 Classificação dos direitos da personalidade e a cláusula geral da personalidade

A classificação dos direitos da personalidade é feita segundo o aspecto da personalidade objeto de sua tutela, ou seja, o físico, o moral ou o intelectual. Nas palavras de Francisco Amaral, “[...] os direitos da personalidade podem sintetizar-se no direito à integridade física, no direito à integridade intelectual e no direito à integridade moral, conforme representam a proteção jurídica desses bens ou valores⁴⁷.”

No aspecto físico, destacam-se a proteção à vida e ao corpo⁴⁸, incluindo-se, aí, a proteção dos “[...] elementos ou produtos orgânicos ou inorgânicos que nele se assimilaram ou que nele se implantaram em termos de manterem com a organização corporal uma relação de solidariedade que implique a idéia de incorporação⁴⁹.” É o caso das próteses, por exemplo.

⁴⁶ Para uma diferenciação dos termos, consultar: AMARAL, Francisco. *Direito civil*...p. 347.

⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*...p. 260.

⁴⁸ Exemplos: CF, art. 1º, III, art. 5º, *caput*, III, XLVII, XLIX; CC, arts. 13, 14 e 15; CP, arts. 121 a 137; Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, entre outros.

⁴⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 216.

No aspecto moral, tem-se a proteção à honra, à liberdade, à privacidade, à imagem e ao nome⁵⁰.

Já no aspecto intelectual, vislumbra-se a proteção a uma liberdade mais específica – a de pensamento⁵¹ - e a tutela do direito moral de autor⁵².

A classificação tem valia na medida em que sistematiza as espécies de direitos da personalidade. A partir dela, diferenciam-se os direitos e respectivos objetos de proteção, determina-se o diploma adequado para subsidiar a sua tutela e, conseqüentemente, dá-se maior certeza quanto à efetividade jurídica.

É de se notar que o suporte dos direitos da personalidade está no plano supra-positivo, mais especificamente no personalismo ético. De acordo com esta concepção, a pessoa humana ocupa a posição de eixo fundamental de todo o ordenamento, sendo reconhecida como um dado preexistente e independente da previsão jurídica, estando acima de todos os demais valores por força da dignidade humana⁵³.

Cabe ao Direito reconhecer a existência desse valor, que independe de previsão constitucional ou legal, sob pena de desvio no fundamento de toda ordem legal⁵⁴. É justamente isso que faz o ordenamento pátrio ao positivizar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da CF, que funciona como cláusula geral da personalidade, também chamada de direito geral da personalidade. Em síntese, a cláusula geral da personalidade é um mandamento basilar do ordenamento que visa a proteção da integralidade da pessoa e das projeções da sua personalidade, ainda que não tuteladas por normas específicas. A proteção da personalidade passa a ser o fundamento e o fim do direito⁵⁵, sendo necessária uma proteção unitária, sem subdivisões temáticas.

A discussão sobre qual seria o “suporte” dos direitos da personalidade já ocupou parte da doutrina. De um lado, aqueles que defendiam um modelo taxativo, vinculado ao que estivesse tipificado na Constituição e nas leis infraconstitucionais. Do outro, a tese da

⁵⁰ Exemplos: CF, art. 1º, III, art. 5º, *caput*, II, V, V, VI, VIII, X, XI, XII, XIII, XIV, art. 170, *caput*, IV; CC, arts 16, 17, 18, 19, 20, 21; CP, arts. 137 a 140, 146 a 154, entre outros.

⁵¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil*...p. 269.

⁵² Exemplos: CF, art. 5º, IV, VI, VIII, IX, XVI, XVII, XVIII, XX, XXVII, XXVIII; CP, arts. 184 a 186; Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998; Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, entre outros.

⁵³ BORGHETI, Cibele Stefani. *Pessoa e personalidade humanas: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos de personalidade*. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 283.

⁵⁴ CORTIANO JÚNIOR, 1998 *apud* BORGHETI. Cibele Stefani. Op. cit. p. 284.

⁵⁵ AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 250.

existência de uma cláusula geral da personalidade ou direito geral da personalidade, que serviria de base para a tutela da personalidade mesmo nas hipóteses em que alguma de suas projeções não estivesse contemplada pelo direito positivo. Trata-se, no fundo, de contenda acerca da tipicidade ou não dos direitos da personalidade.

Como já argumentado, a personalidade humana constitui um valor preexistente à norma jurídica. Dela irradiam-se direitos⁵⁶, muitas vezes comuns à maioria dos homens, e por esta razão tipificados. Outras vezes, porém, o valor personalidade se realiza de modo peculiar em cada indivíduo, o que impede um tratamento uniforme que seja consentâneo aos propósitos de cada pessoa.

Na defesa da cláusula geral, afirma Gustavo Tepedino que a realização plena da dignidade humana, seguindo o projeto constitucional de 1988, não se adequa à uma suposta “setorização” ou “tipificação” de situações pré-concebidas às quais poderia se subsumir o comportamento⁵⁷.

Portanto, são direitos da personalidade os tipos previstos na CF (embora não se confundam direitos fundamentais e direitos da personalidade⁵⁸) e na legislação civil, assim como os direitos nascidos da concretização da cláusula geral da personalidade. A relação que se estabelece é de complementariedade: “onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica⁵⁹.”

O princípio da dignidade da pessoa humana esculpido na CF, art. 1º, III, entretanto, parece ser a melhor fonte para a proteção da personalidade humana. Primeiro, porque tem matriz constitucional, o que lhe dá destaque, impondo-se sua aplicação independentemente de

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 241.

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46.

⁵⁸ “É convincente expressar que os direitos fundamentais, antes rubricados como *humanos* ou *do homem*, distanciam-se dos *personalíssimos* ou *da* (ou *de*) *personalidade*, em virtude, sobretudo, da qualidade do agente violador: o direito exercitado contra o estado por desapeço à vida, liberdade, honra, imagem e privacidade, v.g., apresenta-se como *direito público subjetivo* ou fundamental; aqueloutro, que deriva da vulneração pelo particular, conforma *direito privado subjetivo*. Decerto que uns aos outros, no mais, não se equiparam totalmente, porque os direitos personalíssimos são essenciais e indispensáveis ao pleno e saudável desenvolvimento das potencialidades psicofísicas ou institucionais da pessoa. Os de índole *fundamental*, desfilados em título e capítulos próprios no texto da Constituição Federal, contêm virtudes que ultrapassam a essencialidade aqui vista, perpassam o *minimum minimorum* sem o qual a personalidade não se desenvolve em plenitude. O direito à irredutibilidade de salário, à nacionalidade e à propriedade são fundamentais, todavia imprescindíveis não são para a inteireza somática e psíquica da pessoa ou para a consecução institucional, como o são, sem reboço de dúvida, o direito à própria vida ou integridade física, à liberdade, à honra, à imagem, e, entre outros, à privacidade” (grifos do autor). JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: Ives Gandra da Silva Martins e Antônio Jorge Pereira Jr. (Coord.). *Direito à privacidade*. 1. ed. São Paulo: Idéias e Letras, 2005, p. 87, nota 3.

⁵⁹ CORTIANO JÚNIOR, 1998 *apud* BORGHETTI. Cibele Stefani. Op. cit. p. 281.

qualquer manifestação do poder legislativo constituído. Segundo, porque sendo cláusula geral, pode ser devidamente “fechada⁶⁰” pelo intérprete, moldando-se às novas situações impostas pelo desenvolvimento econômico, social e científico⁶¹. E terceiro, porque abre caminho para que sejam relevados os diversos e complexos modos de ser de cada indivíduo⁶², inclusive mediante a disposição voluntária de aspectos da personalidade⁶³. Como ensina Paulo Mota Pinto:

[...] o “direito geral de personalidade” concebido nestes últimos termos tem como objecto a personalidade humana em todas as suas manifestações, actuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, e tutela a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o “princípio superior de constituição” dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade – constitui o fundamento dos direitos especiais de personalidade, individualizados, e tem como objecto a personalidade humana para o direito, globalmente considerada⁶⁴.

Essa perspectiva aberta dos direitos da personalidade confere a devida liberdade para o desenvolvimento da personalidade, influenciando uma de suas expressões mais vilipendiadas na sociedade atual - a privacidade – direito que é um dos temas centrais deste trabalho.

2.3 O direito à privacidade

⁶⁰ Observe-se que tal situação não traz nenhuma insegurança jurídica, levando-se em consideração que “[...] a tarefa colocada ao juiz através do direito geral da personalidade não é maior nem mais pesada do que a que lhe é dada através das cláusulas gerais dos bons costumes e da boa fé.” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 618, nota 38.

⁶¹ “O progresso econômico-social e científico poderá dar origem também, no futuro a outras hipóteses, a serem tipificadas em norma. Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador), a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com regulamentação da sua proteção. O direito da personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária.” GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro* – Volume I. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 157.

⁶² Nesse sentido, ganha importância a previsão contida no art. 5º, § 2º da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶³ BORGHETTI, Cibele Stefani. Op. cit. p. 277.

⁶⁴ PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, nº 314, p. 16-17, dez. 2003.

O tratamento de dados pessoais, pormenorizados no capítulo seguinte, é assunto estudado sob a perspectiva do direito à privacidade⁶⁵, de onde exsurge a necessidade de analisá-lo mais detidamente.

À primeira vista, o que cabe afirmar é que o direito à privacidade é conduzido por uma flexibilidade que se traduz em dois sentidos: primeiro, amplia a quantidade de bens jurídicos abarcados por sua invocação, e, segundo, permite diferenciadas formas – diminutas ou não - de exercício.

A privacidade abrange não só o respeito à vida pessoal, mas inclui outras camadas “[...] intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais [...]”⁶⁶ Numa frase, pode-se dizer que “[...] cobre toda a exclusão alheia do conhecimento daquilo que se refere só à pessoa em si mesma”⁶⁷.

Hoje, a aceção que se tem do direito à privacidade volta-se cada vez mais ao aspecto informacional, o que acaba por tornar o objeto do direito um pouco mais amplo e coerente ante os novos modos de violação. O que previamente era tutelado pelo direito à privacidade continua o sendo, mas evidencia-se sua *vis* expansiva no mundo contemporâneo⁶⁸ no que diz respeito às informações pessoais.

Antes de uma breve análise histórica, na busca de um conceito atual, cabe afirmar que a privacidade encontra normatização em vários setores do direito positivo⁶⁹. Os diplomas mais explícitos e que mais interessam ao trabalho, entretando, são a CF e o CC. Não se pode deixar de notar que também o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) tutela a privacidade, uma vez que torna claros e evidentes, nas relações de consumo, os comandos constitucionais⁷⁰.

Entre os diversos incisos do art. 5º da CF, que cuida especificamente dos direitos e deveres individuais e coletivos, chama a atenção a conexão existente entre alguns deles e o

⁶⁵ Neste sentido, dentre outros: DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. Op. cit. p. 318-326.

⁶⁷ Loc. cit.

⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 1. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59.

⁶⁹ “O direito doméstico deferiu sensíveis e esparsas maneiras de resguardo pessoal, também acolhidas a partir da Constituição Federal (art. 5º, X, XI, XIV, v.g.) cuja importância, tonificada pelo direito penal e processual (CP, arts. 150 a 154, v.g.; CPP, arts. 184 e 207, v.g.; CPC, arts. 155, 347, II, 363, I, e 406, I, v.g.), lia-se e se lê noutros documentos (Lei n. 6.538/78, arts. 6º e 41; Lei n. 7.232/84, art. 43; Lei n. 8.069/90, arts. 17, 18 e 143, v.g.; Lei n. 8.394/91, art. 6º; Decreto n. 678/92, arts. 11 e 12, v.g.). JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit. p. 92.

⁷⁰ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev. mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66.

tema a ser aprofundado. Notadamente, há de se citar os incisos X, XII e LXXII, os dois primeiros de caráter material e o último de cunho mais processual, uma vez que estabelece a ação constitucional do *habeas data*.

Determinam os dois primeiros incisos: “X - 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” e “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

De forma abstrata, o inciso X visa proteger - entre outros direitos da personalidade - a intimidade e a privacidade, projetando esta tutela à inviolabilidade da comunicação de dados no inciso XII.

Inexiste distinção técnico-protetiva entre intimidade e privacidade⁷¹, apesar das distinções doutrinárias ambíguas⁷². Aliás, a citação de ambos os direitos no dispositivo constitucional se torna “[...] louvável à vista de variantes doutrinárias (insuficientes para minorar a tutela de um ou outro), motivo por que o texto se socorreu de ambos substantivos para afiançar o valor que endereçou a qualquer aspecto recôndito da pessoa⁷³.”

Dispensável observar, a esta altura, que mesmo inexistindo a expressa previsão constitucional, a privacidade obrigatoriamente deveria ser protegida, como expressão da própria pessoa humana, “valor-fonte dos demais valores⁷⁴” e como consolidação da cláusula geral da personalidade. Aliás, é a cláusula geral da personalidade que sustenta as “diferenciadas formas de exercício” mencionadas no início do tópico. A dignidade da pessoa humana outorga autonomia a cada homem para, como sujeito pensante e livre, conduzir sua própria vida e delimitar o quanto de conhecimento aos outros é lícito ter sobre si.

Outro ponto interessante de perceber é que a previsão do direito à privacidade na CF configura exemplo da mitigação da dicotomia entre direito público e privado. Usualmente se afirma que a entrada em vigor da garantística CF de 1988 fez com que no Brasil nascesse para o Judiciário o dever de “[...] assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos

⁷¹ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit. p. 90.

⁷² PÉREZ LUÑO, 1986 *apud* DONEDA, Danilo. *Da privacidade...* p. 110.

⁷³ JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit. p. 90.

⁷⁴ REALE, 2001 *apud* JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit. p. 88.

fundamentais, seja nas relações entre particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares⁷⁵.”

As palavras do ministro Gilmar Mendes encontram abrigo na privacidade, ao mesmo tempo direito fundamental e personalíssimo, sujeito a violações públicas e privadas.

Entretanto, na determinação da “inviolabilidade” que lhe confere a CF, não pode o termo ser interpretado de forma absoluta⁷⁶, como se direito absoluto fosse. Como visto anteriormente, os direitos da personalidade sofrem limitações que, em sendo voluntárias, legitimam-se por efetivarem o livre desenvolvimento da personalidade. Aqui tem o consentimento importância fundamental. Como já ficou assentado, a limitação livre será, no fundo, a própria afirmação do direito (segundo o que a pessoa considere o modelo mais adequado para si) e da liberdade jurídica da pessoa.

Na sua ampla regulamentação, a CF gerou no país uma intensa atividade doutrinária e jurisprudencial na busca dos efeitos em relação à proteção da pessoa, tanto no âmbito do direito público, através da consagração dos direitos fundamentais, quanto no âmbito do direito privado, com irradiação dos seus efeitos às relações entre particulares. No mesmo sentido, determinou uma permanente compatibilização da aplicação do direito infraconstitucional em consideração às novas disposições da norma fundamental⁷⁷.

Nesta linha, o CC de 2002, especificamente seu art. 21 (“a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”) trouxe maior eficácia ao direito à privacidade⁷⁸, facilitando sua “judicialização” e adaptando as bases do próprio direito comum aos mandamentos e valores constitucionais, já naquele momento orientadas precipuamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118.

⁷⁶ “Não há direitos absolutos. Nem a vida o é. Já por motivo de ordem biológica (entre a vida da parturiente e a do nascituro, pode haver fatal prejuízo de uma para salvamento da outra), já por razão de conteúdo jurídico (porque é prevista a pena capital em caso de guerra declarada: CF, art. 5º, XLVII, a).” JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit. p. 87, nota 5. No mesmo sentido, tratando do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

⁷⁷ MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. Os Direitos da Personalidade e os Direitos do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, nº 49, ano 13, p. 40-76, jan./mar. 2004.

⁷⁸ Não se nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mas é evidente que a concretização em diploma infraconstitucional facilita a invocação do direito pelo particular.

A norma, apesar de também utilizar a expressão “inviolável” está mais conforme a idéia da limitação voluntária, porque permite o “consentimento do interessado⁷⁹” no ato de relevar ou tolerar as supostas violações. Afinal, o magistrado somente irá atuar mediante “requerimento do interessado”, quando este deixar de limitar o exercício de seu direito.

Sobressai interessante ilação feita por Danilo Doneda a partir da leitura do referido artigo:

Ao clamar pela criatividade do magistrado para que tome as providências adequadas, o Código dá mostras da necessidade de uma atuação específica de todo o ordenamento na proteção da privacidade da pessoa humana, que seja uma resposta eficaz aos riscos que hoje corre⁸⁰.

A mudança do conceito de direito à privacidade, como será demonstrado a seguir, está relacionada aos problemas que se apresentaram no percorrer histórico da sociedade. De fato, os riscos mais iminentes para a privacidade das pessoas atualmente não se confundem com aqueles que existiram no passado.

2.3.1 Breve evolução histórica do direito à privacidade: conceito atual e a inserção da privacidade na sociedade contemporânea

Diversos caminhos foram trilhados pelos ordenamentos internacionais na formação da privacidade. Muitas vezes foram postas sobre a sua alçada situações que para um jurista brasileiro seriam um tanto quanto complicadas de entender, como o caso do direito a abortar⁸¹. Por isso a dificuldade no estabelecimento de um sentido comum ainda hoje⁸², havendo inclusive vezes pela inutilidade de um conceito⁸³.

⁷⁹ O termo é utilizado por Roxana Borges, em analogia à figura do consentimento do ofendido. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 127-128.

⁸⁰ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código...p. 71-99.

⁸¹ O direito à privacidade foi o utilizado pela maioria da Corte Suprema norte-americana para fundamentar a possibilidade de aborto até o final do primeiro trimestre de gestão no polêmico caso ROE v. WADE, de 1973.

⁸² DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 102, nota 217.

⁸³ “Il est donc impossible – et, au surplus, inutile – de définir la vie privée.” RIGAUX, 1990 *apud* DONEDA, Danilo. *Da privacidade...* p. 104, nota 223.

Os primeiros contornos jurídicos são atribuídos geralmente à Inglaterra do século XVII, onde surge a inviolabilidade do domicílio (*man's house is his castle*). Nesse primeiro momento, a privacidade está voltada para uma delimitação de um espaço físico, onde nem mesmo o Rei possa entrar⁸⁴.

No estudo das origens do direito à privacidade é imprescindível citar os nomes de Samuel Warren e Louis Brandais, co-autores do estudo “The Right to Privacy⁸⁵”, de 1890, alicerçado em grande parte no “direito a ser deixado em paz” ou “direito a estar só” (“right to be let alone”). O artigo, que teve como causa determinante indevidas publicações em jornais da época sobre a festa de casamento da filha de um dos autores – Samuel Warren, advogado que se tornou juiz da Suprema Corte -, estabelece um marco inicial na doutrina do direito à privacidade, dando-lhe um matiz de isolamento e intimidade doméstica.

Ainda nos Estado Unidos, em 1903, o direito à privacidade recebeu proteção legal num diploma do Estado de Nova Iorque que tornava proibido, sob pena das sanções cabíveis, o uso para fins publicitários do nome, do retrato, ou da imagem de qualquer pessoa viva sem o seu consentimento⁸⁶.

O tratamento internacional⁸⁷ veio com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. Seu art. 12 declara que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra interferências ou ataques.” O diploma influenciou a sua recepção também pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.

Na Europa, uma vertente protetiva que merece menção é a “Teoria das Esferas” ou “Teoria dos Círculos Concêntricos” alemã. A idéia central da teoria pode ser graficamente ilustrada através de círculos concêntricos, representativos dos “[...] diferentes graus de

⁸⁴ Escreve o parlamentar Willian Pitt À época: "The poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the Crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow though it; the storms may enter; the rain may enter - but the King of England cannot enter; all his forces dare not cross the threshold of the ruined tenement." Disponível em: <<http://gilc.org/privacy/survey/intro.html>>. Acesso em 01 out. 2008.

⁸⁵ Warren, Samuel; Brandais, Louis. *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol IV, December 15, 1890. no. 5. Disponível em < http://www.lawrence.edu/fast/BOARDMAW/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em 30 set. 2008.

⁸⁶ MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. *Privacidade e honra nas relações de consumo: uma análise a partir dos bancos de dados e da cobrança vexatória*. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007, p. 50.

⁸⁷ Ressalte-se que no direito brasileiro, vertentes do gênero privacidade como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência estão presentes em todas as constituições até hoje promulgadas.

manifestação do sentimento de privacidade [...]”⁸⁸: a esfera da intimidade ou do segredo; a esfera privada; e, em torno delas, a esfera pessoal, que abrangeria a vida pública. Assim, a proteção concedida ao indivíduo variaria consoante o grau de profundidade que a conduta externa atingisse nas esferas, sendo sempre preservado o conteúdo essencial do direito que se intui proteger. A teoria, hoje chamada na Alemanha de teoria da “pessoa como uma cebola passiva” foi criada e teve sua carga de influência, mas perdeu aplicabilidade no próprio país de sua criação⁸⁹.

Desde já, o que se nota no processo de formação do referido direito é a “[...] sua maleabilidade conforme diversos fatores condicionantes, sempre fruto da configuração dos valores de uma determinada sociedade⁹⁰.”

A doutrina mais recente, diante da insuficiência dos modelos, trouxe novos parâmetros para a definição do direito à privacidade. Afinal, como ensina Francisco Amaral, as soluções jurídicas para os problemas atuais “[...] passa pela compreensão da complexidade da nova sociedade, o que exige a superação dos modelos e paradigmas ainda vigentes, próprios da modernidade (sécs. XVIII e XIX)⁹¹.”

Dentre as nomenclaturas normalmente atribuídas à sociedade contemporânea está a de “sociedade da informação.” Vive-se a época do processamento massivo de informações, facilitadas por um aparato tecnológico sem precedentes. A facilidade com que dados são organizados e transmitidos impressiona, inexistindo qualquer controle por parte de seus titulares.

Fica evidente que “[...] não se pode tratar da privacidade tendo em vista o que ela representou para outras sociedades⁹².” É por isso que “[...] a partir da década de 1970 o direito associou cada vez mais a privacidade com casos de informações armazenadas em bancos de dados⁹³.”

Por conta dessa evolução tecnológica e social, bem como do subjetivismo e da variabilidade que gira em torno do conceito da privacidade, afirma-se que “o direito à

⁸⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 108.

⁸⁹ *Ibid.* p. 109.

⁹⁰ *Ibid.* p. 115.

⁹¹ AMARAL, Francisco. *O direito civil na pós-modernidade...*p. 3-20.

⁹² DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 140.

⁹³ *Ibid.* p. 141.

privacidade consiste na possibilidade de a pessoa controlar, tanto quanto possível, a massa de informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso⁹⁴.”

A definição acentua o poder de decisão e a autonomia que o direito da personalidade concede ao seu titular. Em suma: o direito à privacidade é compatível com diferentes modos de utilização, devendo ser conduzido fundamentalmente segundo decisão pessoal do titular quanto ao modo de realização do seu direito, mais ampliativo ou mais restrito da privacidade⁹⁵.

2.3.2 O novo paradigma da privacidade e o direito à autodeterminação informativa

O atual conceito de privacidade, fruto de uma sociedade pluralista e condicionado pelo estágio tecnológico atual que se espalha na coleta, armazenamento e troca de informações, deu azo ao que se poderia dizer “sub-espécie” de direito à privacidade: a autodeterminação informativa.

A informação passou a configurar bem de extrema importância a partir da segunda metade do século XIX, sendo a informática o grande elemento propulsor para a necessidade de reformulação jurídica da privacidade.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “*Reality Shows*” e a *Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55-56.

⁹⁵ “O direito à privacidade deve centrar-se na protecção das decisões individuais em matéria de privacidade e não na promoção de uma determinada concepção acerca deste bem.

É que, numa sociedade composta por milhões de indivíduos portadores das mais diversas, incomensuráveis e antagónicas concepções mundividenciais e valorativas, e freqüentemente portadores de interesses e objectivos completamente diferentes, é impossível e indesejável impor a todos eles uma determinada concepção de privacidade e muito menos transformar unidimensionalmente o *direito à privacidade*, num *dever de privacidade*. Na verdade, os conceitos de intimidade e privacidade são compatíveis com a existência de diferentes *concepções* de intimidade e privacidade, ficando ao titular do direito reservada a possibilidade de adoptar qualquer uma delas. O dever estadual de protecção dos direitos fundamentais acompanha o necessário respeito pelo seu âmbito normativo alargado.

Os direitos de personalidade pretendem, acima de tudo, constituir-se como espaços de livre desenvolvimento da personalidade e não como manifestações de uma dada ordem de valores homogénea e heterónoma. As suas fronteiras pretendem impedir ou limitar agressões e intromissões não desejadas por parte do Estado e de terceiros, e não condicionar as possibilidades de expressão, realização e florescimento dos seus titulares. No cerne dos direitos, liberdade e garantias encontra-se a ideia de que os mesmos se caracterizam pela sua densidade subjectiva autónoma, no sentido de que cabe ao seu titular a tomada das decisões fundamentais nesse domínio” (grifos dos autores). Ibid. p. 57-58.

Com a informática o tratamento de dados se tornou mais fácil, tanto em aspectos quantitativos como qualitativos. No primeiro aspecto, houve o incremento do poder de processar mais dados em menos tempo. No segundo, possibilitou-se a aplicação de técnicas sofisticadas no processamento dessa massa de dados, hábeis na obtenção de resultados mais valiosos e úteis⁹⁶.

Uma das utilidades que poderiam advir desse processamento informatizado de dados seria a formulação de “perfis” de consumidores a partir de simples dados individuais concedidos no ato contratual de fornecimento de produto ou serviço.

Por hora, compete dizer que autodeterminação informativa é direito que os indivíduos têm de “decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados⁹⁷.” Trata-se de um direito fundamental, concebido com base na cláusula geral da personalidade, dando controle à pessoa, segundo suas próprias inflexões, sobre a massa de informações que lhe dizem respeito.

O fundamento na cláusula geral da personalidade dimensiona melhor o direito vez que o “[...] o conteúdo da dignidade depende do próprio sujeito, depende de seus sentimentos de respeito, da consciência de seus sentimentos, das suas características físicas, culturais, sociais⁹⁸”.

Em regra, o limite quanto ao tipo e número de dados a serem fornecidos deve ser determinado pelo próprio sujeito, no exercício de seu direito à privacidade. Desta maneira, efetiva-se o livre desenvolvimento da personalidade individual num dos bens em que esta se projeta: a informação pessoal.

Com guarida em diversas constituições, a expressão autodeterminação informativa é criticada por alguns doutrinadores estrangeiros pelo caráter absoluto que comporta⁹⁹. Por isso

⁹⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 172.

⁹⁷ PANEBIANCO, 2000 *apud* DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 196.

⁹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op. cit.* p. 15.

⁹⁹ Por certo a expressão não tem caráter absoluto também no Brasil, onde a omissão de informações, em certas circunstâncias, pode constituir ilícito penal. Como exemplo, tem-se a previsão contida no art. 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (“Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”).

que certos diplomas internacionais, como a Diretiva 95/46 da União Européia¹⁰⁰, já adotam expressão mais ampla, qual seja, a “proteção de dados pessoais.”

O argentino Oscar Puccinelli, por exemplo, defende a denominação genérica por conseguir englobar todos os rótulos e conceitos relacionados aos dados pessoais, dentro dos quais a autodeterminação informativa é uma parte importante, e pelo fato de a denominação ter sido assim recepcionada nas principais normas internacionais sobre a matéria¹⁰¹.

No que se refere especificamente aos contratos de consumo, enfoque final do trabalho, a autodeterminação informativa se concretizará através do consentimento, mas estará protegida também por outros instrumentos legais, como as previsões contidas no CC e no CDC.

Neste sentido, tem-se que o direito à autodeterminação informativa é meio apto a concretizar a proteção da privacidade, interessando especialmente à situação do consumidor. Para este, a autodeterminação funcionará como técnica de proteção dos direitos fundamentais, principalmente a privacidade, atuando num primeiro momento como meio de acesso às informações sobre si armazenadas e num segundo como maneira de retificação ou exclusão de informações sobre as quais o consumidor não quer liberar o conhecimento.

¹⁰⁰ Diretiva adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia de 24 de Outubro de 1995, “relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Diretiva é um instrumento próprio da União Européia que tem a função básica de uniformização das legislações nacionais. A mencionada Diretiva serve de fundamento para alguns conceitos adotados neste trabalho, haja vista a falta de normatização específica no Brasil, bem como a incipiente produção doutrinária.

¹⁰¹ PUCCINELLI, 1999 *apud* DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 201.

3. DADOS PESSOAIS

3.1 Conceito. Funções nos contratos de consumo.

Para o estabelecimento de uma conexão entre “dados pessoais” e a personalidade humana é necessário saber antes qual o significado mais correto para a expressão que constitui o título do presente capítulo.

Em sentido vulgar, um dado nada mais é do que uma informação¹⁰², que permite identificar a pessoa diretamente (identidade física, retrato, etc) ou indiretamente, através de uma conexão com outra informação (número de identificação pessoal, telefone, número de cartão de crédito, etc)¹⁰³.

Segundo a Diretiva 95/46 da União Européia, “dados pessoais” é expressão que designa qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social¹⁰⁴.

As definições quanto ao que são dados pessoais têm substancialmente o mesmo conteúdo, ou seja, qualquer informação concernente a pessoas físicas identificadas ou identificáveis. No entanto, a inclusão de pessoas jurídicas ou, em outras palavras, “de existência ideal”, é feita comumente¹⁰⁵, o que está mais de acordo com nosso sistema jurídico, adepto da proteção de “direitos básicos” de pessoas jurídicas (análogos aos direitos fundamentais dos homens), essenciais para que estas alcancem o fim para o qual estão constituídas¹⁰⁶. A preocupação da monografia se direcionará para as pessoas naturais, que constituem a maioria dos consumidores.

¹⁰² Para Danilo Doneda, dado e informação não se confundem. Dado seria uma informação primitiva e fragmentada, uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação já pressupõe um início de depuração de seu conteúdo. DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 152.

¹⁰³ ALPA *apud* MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 68.

¹⁰⁴ Diretiva 95/46, art. 2º, a. (Definições).

¹⁰⁵ Assim ocorre nas leis da Itália (Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196: “Art. 4, 1. b) ‘dato personale’, qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale”) e da Argentina (Ley 25.326: “Artículo 2. – Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”).

Cabe salientar que a sociedade contemporânea, adjetivada mais acima como sendo a “sociedade da informação”, na qual dados são organizados e transmitidos em grande velocidade, também poderia ser caracterizada como “de consumo¹⁰⁷”: a chamada *mass consumption society*. Nela, bens e serviços antes restritos a minorias são produzidos para um mercado de massa¹⁰⁸.

Segundo Alessandra de Matos, tendo a Revolução Industrial elevado a burguesia ao patamar de comando econômico da sociedade, acelerou-se o crescimento urbano e o êxodo rural, formando-se as classes nas cidades, com uma certa padronização da vida que privilegiou o desenvolvimento do consumo¹⁰⁹.

Neste cenário, estes dois caracteres da sociedade atual – informação e consumo - acabam sendo conjugados com tecnicismo na atividade empresarial, onde os dados pessoais são amplamente utilizados. Hoje, a informação relativa a consumidores desempenha papel de inegável importância, sendo “[...] instrumento imprescindível para as decisões do empresário [...]”¹¹⁰, podendo constituir, por vezes, importante ativo de algumas sociedades.

Os dados pessoais tornaram-se no decorrer dos últimos anos indispensáveis à movimentação econômica e à troca das mais diversas informações sobre os consumidores. O distanciamento pessoal, uma realidade contemporânea, passou a ser a regra também nas relações consumeristas. Assim, o manuseio dos dados acaba por servir como meio para inúmeras atividades, principalmente a formulação de perfis de consumidores e o conhecimento da capacidade econômicas destes:

Como o comércio em geral desenvolve-se por meio da sedução, sobretudo em tempos de *consumo, logo existo*, criou-se um banco de informações paralelas, em que são arquivados dados sobre as preferências e os hábitos dos sujeitos, condição financeira, a posição social, entre outros, como uma verdadeira dimensão paralela da personalidade do consumidor, que, em muitos casos, ou na maioria, não tem conhecimento de que integra tal cadastro¹¹¹ (grifos da autora).

¹⁰⁶ Não é demais mencionar o art. 52 do CC: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. É de observar, no entanto, que a lógica da pessoa jurídica não se confunde com a da pessoa natural, sendo esta última regida por uma qualidade própria apenas dos humanos: a dignidade. Para aprofundamento do tema: CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoria General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 41-43.

¹⁰⁷ Há quem afirme que a sociedade da informação é um desdobramento sofisticado da sociedade de consumo. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 416.

¹⁰⁸ HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos – O breve século XX: 1914/1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 259.

¹⁰⁹ MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 6.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Juarez de et al. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 175.

¹¹¹ MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 70.

Danilo Doneda também assinala que a utilização de cadastros de consumidores já é parte essencial da atividade empresarial, seja na pesquisa por consumidores inadimplentes, seja no estabelecimento de um relacionamento de fidelidade e parceria com antigos e novos clientes¹¹².

Note-se que, em relação aos contratos de consumo, a solicitação de dados pessoais tem uma relação dupla de serventia: a primeira para os consumidores (concessão de crédito) e a segunda para os fornecedores (formação de perfil de consumidores).

a) Concessão de Crédito: A respeito do crédito e sua maior ferramenta - os arquivos de proteção ao crédito¹¹³- não pairam dúvidas quanto à utilidade e à pertinência de sua existência¹¹⁴.

São úteis porque orientam a concessão rápida de crédito, a ampliação da circulação de produtos e serviços, bem como a facilitação de compras por outros meios que não o dinheiro (cheque, por exemplo). Por outro lado, são pertinentes, porque estão regulados pelo CDC, o que conforma a sua atuação.

É imprescindível, como confirmado pela jurisprudência de diversos tribunais¹¹⁵, que existam vias de conhecimento para o fornecedor, garantindo minimamente a segurança das operações de crédito. Ademais, cumpre ressaltar que a decisão a respeito de sua concessão é sempre do fornecedor¹¹⁶, sendo ato de liberalidade advinda da autonomia do empresário, o que de certa forma impõe que o ordenamento permita a instrução adequada de sua vontade.

¹¹² DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 111-136.

¹¹³ Os maiores arquivos de proteção ao crédito no país são o “SPC” (Serviço de Proteção ao Crédito), ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (“CNDL”), e o “SERASA” (Centralização de Serviços dos Bancos S.A.).

¹¹⁴ “A elaboração, organização, consulta e manutenção de bancos de dados sobre consumidores e sobre consumo não é proibida pelo CDC; ao contrário, é regulada por este; logo, permitida.” MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 – Aspectos materiais. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003, p. 546.

¹¹⁵ STF, ADIn 1790-5-DF, relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU 08.09.2000, Ementa: “[...] 3. A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, não de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito”. Ver também: STJ, Resp. 22.387, relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 20.04.1995.

Desta maneira, quando a concretização do acordo envolve a concessão de crédito, é natural e legítima a indagação a respeito de determinados dados pessoais. A título exemplificativo, o Regulamento Nacional da Rede de Informações e Proteção ao Crédito¹¹⁷ (“RIPC”) estabelece, em seu artigo 19, que

O registro do débito conterá, obrigatoriamente, os seguintes dados:

a) nome completo do devedor principal, fiador, avalista ou endossante; b) data de nascimento; c) número do Cadastro de Pessoa Física (CPF); d) endereço completo do devedor, fiador, avalista ou endossante; e) valor e número do documento que originou o débito; f) data do vencimento; g) nome do usuário que promover o registro; h) se está sendo registrado como devedor principal, fiador, avalista ou endossante; i) identificação da praça onde ocorreu a inadimplência que deu origem ao registro.

b) Formação de perfis de consumidores: Além da proteção ao crédito, é prática comum entre os fornecedores a solicitação do preenchimento de campos em branco em contratos de consumo ou até mesmo de formulários de cadastro, utilizados posteriormente na formação “perfis” de consumidores. As informações angariadas têm o objetivo de “caracterizar” os consumidores. Dito de outra maneira, delimitam seus respectivos comportamentos, preferências, hábitos de pagamento e compra, etc.

É o interesse comercial presente ou futuro que impulsiona a formulação desses cadastros com consumidores efetivos ou potenciais. Estes perfis, unidos e devidamente organizados, ganham um caráter econômico por facilitarem e agilizarem o *marketing*, aumentando por consequência a eficácia da venda de produtos ou serviços¹¹⁸.

Fica patente, no entanto, que a formulação destes cadastros de dados pessoais a partir de contratos é potencialmente danosa e causadora de violações à personalidade dos consumidores.

¹¹⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹¹⁷ O RIPC tem como participantes a Confederação Nacional de Lojistas, a Associação Comercial de São Paulo, o Clube de Diretores Lojistas do Rio de Janeiro e a Associação Comercial do Paraná. Com o intuito de centralizar um cadastro comum de bancos de dados de proteção ao crédito, o regulamento determina, dentre outras coisas, que seus integrantes (“Bases Operadoras”) trocarão entre si todos os documentos de CPF existentes em seus bancos de dados de proteção ao crédito, formando um cadastro comum.

¹¹⁸ “A finalidade perseguida é agora a ‘informação comercial’, para um melhor e mais completo conhecimento dos clientes ou consumidores que sobrepasa objetivos tradicionais, como são os relativos à solvência ou pontualidade no cumprimento ou pagamento e outros vinculados a estes. As empresas nacionais e transnacionais poderosas querem saber dos gostos, das preferências, das fraquezas e dos desejos daqueles que vivem na região e são ou podem ser seus clientes.” ITURRASPE et al, 2000 *apud* MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 70.

Aliás, a compilação e o processamento de dados para a formação de perfis sempre despertou certa preocupação pelo potencial lesivo que permeia o assunto. O tratamento dos dados pode significar tanto a lesão à privacidade de um cidadão, desinformado sobre a necessidade de fornecer informação desprovida de pertinência teleológica com o contrato que celebra (tema que mais interessa à monografia), como pode constituir o primeiro passo para uma política discriminatória estatal¹¹⁹. Por estas razões a necessidade de intervenção do Direito como meio de proteção do indivíduo.

3.2 Os dados pessoais como projeções da personalidade. Dados pessoais e dados “sensíveis”

A privacidade passou a ser vista mais recentemente sob a perspectiva da informação, ou seja, dos dados. Adaptou-se o foco doutrinário e positivo do direito à privacidade aos novos problemas sociais surgidos.

Como dito, os dados pessoais são informações relativas às pessoas. O conceito é deveras amplo. Inclui desde atributos da pessoa (nome, estado civil, domicílio) e circunstâncias da vida civil (vínculos associativos, nível educacional, profissão), até informações que explicitam preferência sexual, condição de saúde, caracteres genéticos, ideologias, crenças religiosas, etc. Referem-se, enfim, ao modo de ser da pessoa; dizem o que ela é, revelando sua personalidade.

Estes dados – como será estudado no último capítulo - podem eventualmente ser desvinculados da pessoa, tornando-se um bem “externo” circulável. Porém, é de se observar que continuam sendo informação “pessoal”, mantendo vínculo específico com a pessoa, o que implica na sua valoração a partir do seguinte ponto de vista: a informação deve ser entendida como uma extensão da personalidade¹²⁰.

¹¹⁹ Foi com este receio que a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsricht*) declarou inconstitucional lei que organizava censo populacional nos anos 80, segundo a qual cada cidadão deveria responder a 160 perguntas a serem posteriormente submetidas a tratamento informatizado. O sentimento geral de insegurança calcado na incerteza quanto ao uso posterior das informações fez com que o referido tribunal declarasse inconstitucional a lei com base na cláusula geral da personalidade (“Todos têm direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, desde que não viole os direitos alheios e não transgrida o ordenamento constitucional e a lei moral”).

¹²⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 168.

Por isso que não existe exagero em afirmar que os dados formam uma espécie de “retrato” da pessoa e, logo, constituem mais uma projeção da personalidade que merece e deve ser protegida.

Obviamente que nem todos os dados pessoais têm o mesmo grau de importância ou de reserva. Até por conta deste fato podem ser agrupados em subcategorias, destacando-se aí a figura dos “dados sensíveis”, sempre presentes e destacados nas legislações alienígenas sobre o tema.

Fornecer o nome, número de identidade ou até mesmo o endereço são atos corriqueiros, essenciais à celebração da maioria dos contratos escritos. Entretanto, ser questionado a respeito de dados pessoais que revelam a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, a filiação sindical, bem como sobre dados relativos à saúde e à vida sexual¹²¹ pode não ter pertinência alguma.

Os dados sensíveis se contrapõem aos dados não sensíveis. A primeira espécie tem proteção mais rígida do que a segunda nos ordenamentos com regulamentação específica. Seu tratamento, ou seja, o conjunto de operações efetuadas em relação a esta espécie de dados é restrito.

No direito nacional, o tratamento diferenciado não é previsto literalmente, mas a sua existência seria obviamente benéfica, já que protegeria direitos fundamentais de maneira mais perfeita: a liberdade religiosa¹²², filosófica e política¹²³, o direito à associação¹²⁴, a não discriminação racial¹²⁵, dentre outros.

Danilo Doneda, ao tratar de dados sensíveis refere-se ao histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros, afirmando serem dados que possibilitam “[...] a descoberta de aspectos relevantíssimos da intimidade¹²⁶.”

A Diretiva europeia os caracteriza como dados pessoais reveladores da origem racial ou étnica, de opiniões políticas, de convicções religiosas ou filosóficas, de filiação sindical, de saúde ou vida sexual.

¹²¹ As espécies de dados mencionados foram retirados da Diretiva Europeia 95/46, art. 8º, 1. e são repetidos quase que na sua inteireza pela lei italiana, art. 4º, onde se encontram as definições preliminares do diploma.

¹²² Art 5º, VI da CF.

¹²³ Art 5º, VIII da CF.

¹²⁴ Art 5º, XVII da CF.

¹²⁵ Art 5º, XLII da CF.

¹²⁶ DONEDA, Danilo. Considerações iniciais... p. 111-136.

O decreto legislativo italiano que trata da proteção dos dados pessoais define como dados pessoais capazes de revelar a origem racial e étnica, as convicções religiosas, filosóficas ou de outro gênero, as opiniões políticas, a adesão a partidos, sindicatos, associações ou organizações de caráter religioso, filosófico, político ou sindical, bem como os dados pessoais capazes de revelar o estado de saúde e a vida sexual¹²⁷.

A lei argentina é mais sucinta. Dados sensíveis seriam dados pessoais que revelam a origem racial e étnica, opiniões políticas, convicções religiosas, filosóficas ou morais, afiliação sindical e informação referente à saúde ou à vida sexual¹²⁸.

A conceituação desses dados, como se vê, geralmente passa por exemplificações.

Os dados sensíveis formam um conjunto de informações que o conhecimento empírico revela como extremamente perigosos, advindo daí, talvez, a homogeneidade dos exemplos. Em linhas mais abstratas, pode-se concluir que os dados sensíveis são aqueles potencialmente geradores de discriminações sociais.

A menção específica a esta subcategoria tem importância pois os regimes internacionais são mais restritivos quanto à cessão e circulação de dados sensíveis, sendo certo que alguns vedam completamente sua coleta e tratamento. A postura talvez não seja a melhor, vez que inexitem direitos absolutos, demonstrando-se até inviável, “[...] pois não raro o uso de tais dados é legítimo e necessário¹²⁹.”

Certo é que cada ordenamento regula a matéria segundo concepções próprias, sendo uniforme o maior cuidado imposto a este tipo de dado¹³⁰, o que será importante quando do delineamento dos limites na cessão de dados pessoais nos contratos.

¹²⁷ Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196: “Art. 4, 1. d) ‘dati sensibili’, i dati personali idonei a rivelare, l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.”

¹²⁸ Ley 25.326: “Artículo 2. – Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.”

¹²⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 163.

¹³⁰ A vedação quanto ao registro de dados sensíveis foi a opção adotada no Projeto de Lei brasileiro nº 5.870/2005, que “disciplina os bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais, bem como sua relação com os cadastros, fontes de informações e consulentes: Art. 4º, § 2º: É vedado o registro de informações: II – referentes à origem social e étnica, convicções políticas, religiosas, filosóficas, ideológicas e pessoais, saúde, orientação sexual e quaisquer outras que possam afetar os direitos de personalidade dos cadastrados.”

3.3 A proteção conferida aos dados pessoais

Já restou demonstrado que o tema dos dados pessoais ganha relevância dia após dia como consectário lógico das evoluções tecnológicas e da potencial lesão causada por seus instrumentos à pessoa, valor-fonte do ordenamento jurídico¹³¹.

Em razão deste panorama que grande parte das nações desenvolvidas ou emergentes já possui regramento específico para a proteção de dados pessoais. Neste trabalho já foram mencionados ou utilizados dispositivos da Diretiva europeia, bem como de legislações internas que seguem padrões não muito distintos entre si.

Tendo em mira um suposto “atraso” brasileiro perante os outros países é que se faz imperiosa a referência ao direito comparado, eficaz método de estudo no contexto de universalização de princípios e direitos do homem.

Não se advoga a inexistência de um sistema protetivo dos dados da pessoa no Brasil, mas o maior grau de especificidade dos diplomas externos faz com que a digressão até o direito alienígena seja inevitável. Ademais, o estudo do direito comparado também é fator de contribuição para o aprimoramento do direito nacional¹³².

Para tanto, foram escolhidos os modelos norte-americano e o europeu, instigadores das medidas a serem adotadas em outros ordenamentos¹³³.

3.3.1 A experiência internacional

a) Modelo norte-americano de proteção de dados pessoais: O país pioneiro na produção de normas direcionadas à proteção do consumidor¹³⁴ encontra-se de certa forma

¹³¹ REALE, 2002 *apud* MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 148.

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Comparado, Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 763.

¹³³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 221.

¹³⁴ “Na historiografia do direito do consumidor, lembra-se que foi o Presidente Kennedy quem sensibilizou o mundo com a necessidade de promover-se sua efetiva proteção. Em sua campanha presidencial já dera ênfase a essa preocupação, abordando o tema inúmeras vezes. Escolheu-o, logo após eleito e empossado, em sua primeira mensagem ao congresso norte-americano, quando apontou os princípios básicos da defesa ao consumidor: os bens e serviços colocados no mercado, devem ser sadios e seguros para o seu uso; promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de retomada de decisão governamental que determina tipo, a qualidade e o preço dos bens e serviços colocados no mercado; tenha o consumidor o direito de ser informado sobre as condições de bens e serviços e

isolado na formulação de um paradigma protetivo, tendo-se em conta que países adeptos da *common law*, como o Reino Unido e a Austrália, apresentam cada vez mais características mistas na proteção de dados pessoais, aceitando e adotando elementos do modelo europeu.

O modelo americano caracteriza-se por ser extremamente fracionado, com disposições legislativas e jurisprudenciais concorrentes, inseridas numa estrutura federativa diferente da do Brasil. Por isso torna-se “[...] sua leitura em chave sistemática – e até mesmo a compreensão geral de seu conjunto – uma tarefa difícil para os próprios juristas norte-americanos¹³⁵.”

Sublinhe-se que o *right to privacy* tem enorme importância no direito estadunidense, sendo invocado para situações extremas, como no caso da fundamentação para o direito ao aborto, ao planejamento familiar, à educação dos filhos etc. Trata-se de direito implícito da Constituição americana, de ampla funcionalidade e transmutabilidade por ter como objeto uma “[...] questão fundamental para a liberdade e a democracia norte-americanas¹³⁶.” A amplitude do direito é tanta naquele país que já se chegou a compará-lo a um direito geral da personalidade¹³⁷. Ali, mais do que em qualquer outro lugar do mundo, a dificuldade de conceituação do direito à privacidade impera¹³⁸.

Para Danilo Doneda, ainda não foi estabelecido um direito à privacidade direcionado aos dados pessoais nos Estados Unidos¹³⁹. Assim, a formação de um sistema protetivo dos dados pessoais nos Estados Unidos passa pela menção a diversas leis surgidas a partir da década de 1970, decorrentes de discussões estabelecidas no Congresso acerca do *National Data Center*.

Ainda na década de 1970,

o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), que posteriormente veio a influenciar a legislação brasileira na matéria, estabeleceu obrigações de segredo e correção para dados financeiros de consumidores tratados por operadores de cadastros de crédito de consumo. De acordo com esta lei, tais operadores podem revelar os dados que possuem sobre consumidores nos seguintes casos, alternativamente: (i) para cumprimento de ordem judicial, (ii) mediante consentimento do interessado, (iii) quando existirem razões para crer que pretende-se utilizar esta informação para verificações concernentes a qualquer requisição do interessado de crédito, emprego, seguro, benefícios

ainda o direito de preços justos.” GARCIA, 1992 *apud* MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 8.

¹³⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 224.

¹³⁶ *Ibid.* p. 264.

¹³⁷ PINTO, 1993 *apud* DONEDA, Danilo. Op. cit. p. 270.

¹³⁸ *Ibid.* p. 271.

¹³⁹ *Ibid.* p. 290.

governamentais ou similares (incluindo-se uma cláusula bastante ampla como a de *legitimate business needs*)¹⁴⁰ (grifos do autor).

Em 1974 surge o *Privacy Act*, que reconhece um direito geral à privacidade, mas limita sua aplicação às agências federais e aos dados (*records*) que elas armazenam sobre os cidadãos¹⁴¹. Nela destaca-se a regra do consentimento, indispensável para a divulgação de informações pessoais pelo agente público.

Vale citar o *Freedom of Information Act* (FOIA), que “[...] ocupa-se diretamente do acesso à informação. Ele garante o direito de acesso de cidadãos (bem como de corporações e outras *legal entities*) às suas informações pessoais registradas em agências federais¹⁴².” O diploma já passou por reformas. Em 1996 foi alterado para adaptar-se às tecnologias de comunicação em rede já existentes. Grosso modo, seria algo próximo ao instituto do *habeas corpus* no Brasil.

Vê-se, com estes exemplos, que o modelo de proteção de dados dos Estados Unidos, além de fragmentado, é setorial. Além disso, tem caráter bastante empírico, sendo acrescido e alterado segundo a necessidade que porventura emerge¹⁴³.

Diversos são os exemplos setoriais, sobressaindo pela qualidade da proteção o *Cable Communications Policy Act* (CCPA), de 1984, que estabelece um rol de direitos para os assinantes de serviços de televisão a cabo, ficando as operadoras “[...] obrigadas a enviar aos assinantes um relatório anual sobre informações pessoais em seu poder e a utilização que dela é feita[...]”¹⁴⁴

Também o *telemarketing* e as vendas por *internet* já ganharam seus respectivos “*acts.*”

Quanto à transferência de dados, merece menção a previsão contida no *Gramm – Leach – Bliley Act* (GLB), de 1999, “[...] que impede que instituições financeiras transfiram dados sobre seus clientes para empresas que não sejam de seu próprio grupo sem que lhes tenha sido dada a possibilidade de opor-se a esta prática¹⁴⁵.”

¹⁴⁰ Ibid. p. 295.

¹⁴¹ Loc. cit.

¹⁴² Ibid. p. 296-297.

¹⁴³ “O *Driver’s Privacy Protection Act*, sancionado pelo Congresso e que impede os estados de revelar informações pessoais, como o número da *social security*, fotos, idade e endereço, teve como origem o assassinato de uma atriz por um fã que teve acesso ao seu endereço através do registro de habilitações. O *Video Privacy Protection Act* (VPPA), de 1988, parece ser o melhor exemplo de como o sistema de proteção norte-americano é orientado pela legislação setorial em áreas muito específicas. Esta lei impede aos locadores de fitas de videocassetes a divulgação do nome de seus clientes e dos vídeos que alugaram, sem que lhes tenha sido dada a oportunidade de se opor. A lei surgiu após a indicação de Robert Bork para juiz da Suprema Corte não ter vingado, graças a divulgação de que teria alugado filmes que presumivelmente atentariam contra a moral” (grifos do autor). Ibid. p. 298-299.

¹⁴⁴ Ibid. p. 300.

¹⁴⁵ Ibid. p. 301.

O quadro é verdadeiramente complexo, sendo a proteção diferentemente concedida segundo o setor econômico e o Estado da federação em que se opere a utilização do dado¹⁴⁶. Por isso os detalhes e as minúcias abundam. O sistema, apesar de intrincado, serve ao anseio e ao instinto prático norte-americanos. Além disso demonstra eficiência, tanto que parte do modelo chegou a ser copiada em parte pelo legislador brasileiro no art. 43 do CDC¹⁴⁷.

b) Modelo europeu de proteção de dados pessoais: Na Europa, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, parte-se de normas gerais para situações específicas.

Trata-se de um modelo mais sistemático, que “[...] estrutura-se em torno de uma Diretiva, uma disciplina ampla e detalhada que é transportada para a legislação interna de cada estado-membro¹⁴⁸.”

As leis aplicáveis a cada país obviamente se distinguem em elementos acidentais, mas a essência é a dada pela Diretiva 95/46, que constitui o mínimo essencial a ser respeitado por cada país da União, modo encontrado para conseguir a “[...] redução dos atritos entre os vários ordenamentos [...]”¹⁴⁹ e para dar eficácia a uma proteção que se dirige a uma atividade que pode ocorrer fora dos limites do Estado onde foram coletadas as informações.

A Diretiva europeia entende a proteção dos dados como um assunto inserido na esfera dos direitos humanos e da personalidade¹⁵⁰, o que talvez faça com que um estudioso brasileiro entenda melhor a regulamentação.

Vários países já haviam legislado sobre proteção de dados antes mesmo da Diretiva ser aprovada, como é o caso do *Land* de Hesse da República Federal da Alemanha, que em 1970 foi pioneiro na criação de um sistema de proteção de dados.

¹⁴⁶ Segundo Danilo Doneda, “a Califórnia é provavelmente o estado com o mais alto nível de proteção à privacidade nos Estados Unidos.” Ibid. p. 304.

¹⁴⁷ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin afirma ao comentar o referido artigo: “[...] fui buscar inspiração no Direito dos Estados Unidos, tanto na legislação à época em vigor, quanto em propostas legislativas elaboradas por instituições especializadas, como a *National Consumer Law Center*.

Primeiro, foi útil a estrutura do *National Consumer Act*, na sua primeira versão final, (*First Final Draft*), um anteprojeto de lei-modelo preparado pela *National Consumer Law Center*. Segundo, levei em conta o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), aprovado pelo Congresso americano em 1970 e ainda em vigor, incorporado ao *Consumer Credit Protection Act*, como seu Título VI.

Tal fonte de inspiração não poderia ser mais apropriada. Nação com mercado de consumo maduro já no final dos anos de 1960, quando surgiram as primeiras manifestações organizadas de defesa do consumidor, os Estados Unidos estão há muito familiarizados com os problemas associados aos arquivos de consumo

(...)

Nessa parte do CDC, a influência europeia, em especial a comunitária, foi mínima, conquanto só em 1995 deu-se a promulgação da Diretiva europeia sobre o tema (Diretiva nº 95/46)” (grifos do autor). GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 411.

¹⁴⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 224.

¹⁴⁹ Ibid. p. 227.

¹⁵⁰ Ibid. p. 232.

Na Bélgica, lei específica havia sido aprovada em 1992 e, na Espanha, em 1993. O Reino Unido, por sua vez, havia promulgado o *Data Protection Act* em 1984.

São dois os eixos em torno dos quais se estrutura a Diretiva. De um lado, protege a pessoa e o tratamento de seus respectivos dados; do outro, fomenta o comércio e as trocas por meio do estabelecimento de regras comuns para a proteção de dados em toda Europa¹⁵¹.

Alguns pontos característicos da Diretiva são dignos de nota. O principal, como fica evidente, é a preocupação com a proteção da personalidade da pessoa, que transparece já em seu art. 1º: “os Estados-Membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.”

Como todos os diplomas internos europeus consultados, a Diretiva traz uma espécie de glossário em seu art. 2º, a fim de facilitar o entendimento de legislação sobre tema relativamente novo¹⁵².

Além disso, estrutura-se com base em princípios, elencados principalmente no art. 6º. São exemplos a necessidade de informação sobre a finalidade do recolhimento do dado, a adequação e a pertinência do recolhimento, a exatidão e atualização - se necessária - do dado, a limitação temporal, o consentimento, o direito à oposição, derrogação e restrições pela

¹⁵¹ Ibid. p. 236.

¹⁵² “Para efeitos de presente directiva, entende-se por: a) «Dados pessoais», qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificado ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social; b) «Tratamento de dados pessoais» («tratamento»), qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição; c) «Ficheiro de dados pessoais» («ficheiro»), qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios determinados, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico; d) «Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios do tratamento sejam determinadas por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário; e) «Subcontratante», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que trata os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento; «Terceiro», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que não a pessoa em causa, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade directa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão habilitadas a tratar dos dados; «Destinatário», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que receba comunicações de dados independentemente de se tratar ou não de um terceiro; todavia, as autoridades susceptíveis de receberem comunicações de dados no âmbito duma missão de inquérito específica não são consideradas destinatários; «Consentimento da pessoa em causa», qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita que dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objecto de tratamento.”

pessoa titular dos dados, a confidencialidade do tratamento, o direito a ser notificado sobre determinado tratamento de dados, etc.

A Diretiva também faz um detalhamento sobre a cessão dos dados e sua respectiva circulação nos arts. 10 e 11.

Uma das preocupações presentes é o tráfego de informações entre fronteiras. Neste sentido prevê o livre fluxo dos dados entre os Estados da União Européia, impondo nas relações com os demais países a aplicação do princípio da equivalência, segundo o qual fica vedada a transmissão para os países que tenham um nível de proteção de dados considerado inapropriado aos padrões da normativa¹⁵³.

Essa medida tem feito com que outros países sigam o modelo básico europeu, talvez residindo neste aspecto a maior penetração internacional em relação ao sistema norte-americano. Um exemplo disto é a lei argentina, de 2000, que buscou adaptar-se ao modelo elaborado no velho continente, conseguindo a aprovação de seus parâmetros por um grupo de trabalho incumbido de analisar o diploma¹⁵⁴.

3.3.2 O modelo brasileiro de proteção dos dados: privacidade, *habeas data* e Código de Defesa do Consumidor

Com perspicácia, anota Danilo Doneda que a proteção dos dados no ordenamento jurídico brasileiro “[...] não se estrutura a partir de um complexo normativo unitário, mas em uma série de disposições cujo propósito e alcance nos são fornecidos pela leitura da cláusula geral da personalidade¹⁵⁵.”

Além da cláusula geral da personalidade¹⁵⁶, a CF protege a própria vida privada, considerando-a inviolável¹⁵⁷, proibindo a invasão de domicílio¹⁵⁸, a violação de

¹⁵³ Ibid. p. 238.

¹⁵⁴ “Examen aprobado. Por intermedio del Dictamen 4/2002, el Grupo de Trabajo del art. 29 de Protección de las Personas de la Comisión Europea consideró que la legislación argentina garantiza un nivel de protección de datos personales adecuado, instó a las autoridades argentinas a aplicar dicha normativa en forma efectiva y recomendó buscar soluciones a los puntos débiles que, en algunos aspectos, ofrecen los actuales instrumentos legales.” Disponível em: < <http://www.protecciondedatos.com.ar/>>. Acesso em 15 out. 2008.

¹⁵⁵ Ibid. p. 323.

¹⁵⁶ Art 1º, III da CF.

¹⁵⁷ Art 5º, X da CF.

¹⁵⁸ Art 5º, XI da CF.

correspondência¹⁵⁹, bem como criando o instituto do *habeas data*¹⁶⁰, garantia hábil a permitir o acesso e a retificação de informações relativas à pessoa constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Todos estes instrumentos positivados na CF servem para a delimitação de um espírito constitucional de busca pela proteção da privacidade.

Como já foi visto alhures, há uma projeção da personalidade que recai sobre os dados pessoais. Pode-se afirmar que sua proteção, no Brasil, parte do princípio da dignidade da pessoa humana, mas não está limitado unicamente a ele, tendo também destaque neste campo a ação de *habeas data* e os preceitos sobre a proteção aos dados pessoais em relações de consumo, presentes no CDC, arts. 43 e 44¹⁶¹.

São estas duas normas, portanto, que concretizam a tutela atualmente dos dados pessoais do cidadão comum.

O *habeas data*, concebido pelo constituinte por outras razões que não propriamente a tutela dos dados do consumidor, num momento específico de reestruturação das liberdades individuais, é o direito que tem qualquer cidadão de demandar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados¹⁶², nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles tome conhecimento e, sendo necessário, pugne pela retificação dos dados inexatos ou obsoletos ou daqueles que impliquem em discriminação¹⁶³.

Traz a redação da CF:

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Especificamente em relação aos dados concedidos nas relações consumeristas, o § 4º do art. 43 do CDC dá caráter público aos bancos de dados e cadastros relativos a

¹⁵⁹ Art 5º, XII da CF.

¹⁶⁰ Art 5º, LXXII da CF.

¹⁶¹ Ibid. p. 326.

¹⁶² Desde que sendo privado, tenha caráter público, como é o caso dos bancos e cadastros sobre consumidores.

¹⁶³ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 154.

consumidores¹⁶⁴, o que abre a via consumerista para o *habeas data* e torna irrelevante o veto presidencial, à época, do art. 86¹⁶⁵ do CDC.

Após a entrada em vigor do CDC, passou o titular dos dados a ter direito de questionar os arquivos de consumo através de uma ação constitucional, dentro dos limites determinados posteriormente pela lei 9.507/97¹⁶⁶. Tais limites encontram-se previstos em seu art. 7º, que trouxe uma terceira finalidade para esse remédio constitucional. Além da obtenção de informações e retificação dos dados, há a possibilidade de “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável¹⁶⁷.”

Destarte, são três as finalidades do instituto: obtenção de informações, retificação dos dados e anotação nos assentamentos do interessado. Não previu o legislador ordinário o bloqueio ou a anulação de informações constantes em bancos de dados de caráter público. Poderia tê-lo feito, mas se omitiu.

Neste sentido é que alguns doutrinadores se referem de forma negativa às limitações do *habeas data*, na medida em que elas “[...] fazem com que sua aplicação seja escassa e pouco abrangente¹⁶⁸”, sendo exemplo paradigmático a ausência das faculdades de bloqueio ou eliminação do dado pessoal¹⁶⁹.

Isto não significa, por óbvio, que está o consumidor-cidadão totalmente desprotegido e à mercê dos arquivos, uma vez que o princípio de indeclinabilidade da prestação judicial determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹⁷⁰”.

O *habeas data* constitui-se, desta forma, em somente um dos meios de controle dos dados pessoais. Uma ação qualquer que comprove lesão ou simples ameaça a direito deve ser hábil a provocar o Judiciário, obrigando-o a sair de sua inércia para tutelar o direito.

¹⁶⁴ Determina o referido parágrafo que: “Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”

¹⁶⁵ O art. 86 dispunha: “Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores.”

¹⁶⁶ Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997: *Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data*.

¹⁶⁷ Art. 7º, inciso III da Lei 9.507/1997.

¹⁶⁸ DONEDA, Danilo. Considerações iniciais...p. 111-136.

¹⁶⁹ A Diretiva europeia e as legislações pesquisadas são unânimes em reconhecer esta faculdade tão importante para o cidadão.

¹⁷⁰ Art. 5º, XXXV da CF.

A violação da privacidade, desta forma, poderá ensejar a eliminação de dados de arquivos de consumo. O consumidor que comprovar a violação de sua privacidade faz jus à eliminação dos dados inadequados de qualquer arquivo, além, é claro, de poder cobrar indenização por eventuais danos patrimoniais e morais sofridos¹⁷¹.

Quanto à falta da faculdade de bloqueio ou eliminação do dado, destaca-se o posicionamento de Jorge Alberto Quadro de Carvalho Silva, que, calcado num dos direitos básicos do consumidor, qual seja, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos¹⁷²”, assim como no direito à privacidade, defende que “[...] o consumidor pode exigir do arquivista a supressão dos dados subjetivos, além de uma reparação por danos morais e patrimoniais, contra o arquivista e o fornecedor dos dados¹⁷³.”

A preocupação do art. 43 do CDC, que estabelece direitos e garantias para o consumidor em relação às informações pessoais presentes em bancos de dados e cadastros, é “[...] o estabelecimento de equilíbrio na relação de consumo através da interposição de limites ao uso pelo fornecedor de informações sobre o consumidor¹⁷⁴.”

Veja-se a redação do referido dispositivo:

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.

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 446-447.

¹⁷² Art. 6º, inciso VI do CDC.

¹⁷³ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.

¹⁷⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*p. 338.

A disciplina está inserida num contexto restrito – o das relações de consumo, que é o que mais interessa ao trabalho – o que impede que assuma os contornos de um “sistema geral” de proteção dos dados pessoais. Entretanto, nada impede que forneça parâmetros interpretativos para outras situações¹⁷⁵.

Possível identificar nas suas disposições alguns dos princípios da moderna Diretiva europeia, como é o caso da exatidão e da atualização das informações, da necessidade de notificação ao consumidor quando da abertura de cadastro ou banco de dados, ou ainda, a limitação temporal das informações negativas.

Como fica patente, o sistema brasileiro de proteção dos dados pessoais – estruturado sobre o tripé cláusula geral da personalidade, na vertente privacidade, *habeas data*, e CDC - está longe da perfeição.

Inicialmente porque, apesar de muito útil em determinadas circunstâncias, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade se mantêm, por vezes, num plano de abstração que dificulta a atuação do intérprete, ainda preso às limitações da letra da lei. Uma lei pormenorizada, ainda que fundada em princípios, provavelmente tutelaria melhor os interesses em jogo.

No que diz respeito ao *habeas data*, vale a ressalva quanto ao carácter limitado que tem no Brasil, país criador do instituto: “[...] sendo a pátria de nascimento do *habeas data*, a legislação brasileira é a menos desenvolvida e pode-se dizer que é a que oferece um dos instrumentos de proteção da privacidade mais pobres¹⁷⁶”. Ademais, apesar de bom instrumento, o *habeas data* está mais ligado ao carácter de garantia do que ao de direito material¹⁷⁷, não cabendo-lhe o papel de panaceia aos danos perpetrados aos dados pessoais.

E, por fim, e apesar de mais minucioso na regulação do assunto, o CDC setoriza sua aplicação às relações de consumo, não servindo de base para o que poderia ser chamado de modelo brasileiro de proteção de dados pessoais.

Sem embargo, suas disposições podem ajudar, em conjunto com outros princípios e regras do ordenamento, no desenvolvimento do último capítulo desta monografia sobre os

¹⁷⁵ Ibid. p. 339.

¹⁷⁶ GUADAMUZ, 2000 *apud* DONEDA, Danilo. Op. cit. p. 355.

¹⁷⁷ “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias, e muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.” MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 88-89.

limites quanto à cessão dos dados nos contratos de consumo e quanto à posterior circulação desses dados pelas sociedades fornecedoras.

4. FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS NOS CONTRATOS DE CONSUMO

4.1 O contrato de consumo

Antes da análise da proteção efetivamente conferida pelo ordenamento nacional ao consumidor e seus respectivos dados, válido é o apontamento superficial dos aspectos primordiais que diferenciam o contrato de consumo dos contratos que se formam em relações puramente civis ou em transações entre sociedades empresárias.

Consabido que o âmbito de aplicação do CDC é limitado às relações consumeristas. Nestas, obrigatoriamente deve existir, num pólo, o consumidor – o “destinatário final” do produto ou serviço - e, no outro, o fornecedor. Portanto, é a qualidade particular das partes contratantes e a finalidade da aquisição do produto ou serviço¹⁷⁸ que irá definir a incidência ou não do CDC.

Despontam duas teses principais na doutrina nacional sobre o conceito de consumidor: o finalismo e o maximalismo. Tais teses acabam por influenciar o próprio âmbito de aplicação do referido código, vez que uma é deveras mais ampla que a outra.

Pioneiros, os finalistas sustentam que é a definição do consumidor que define a aplicação da legislação especial. Somente porque se está diante de uma relação com uma parte reconhecidamente vulnerável é que o CDC se torna aplicável.

Os seguidores dessa linha propõem uma interpretação restrita da expressão “destinatário final” contida no art. 2º do CDC (“consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”). Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Não é suficiente ser o destinatário fático do produto, retirando-o da cadeia de produção; é necessário mais, ou seja, que seja o destinatário econômico do bem, não podendo adquiri-lo para revenda, para uso profissional, para incremento de atividade empresarial, etc, já que o bem, nesta hipótese, será novamente um instrumento na cadeia de produção.

¹⁷⁸ Ressalta Nelson Nery Júnior: “Se a aquisição for apenas meio para que o adquirente possa exercer outra atividade, não terá adquirido como destinatário final e, conseqüentemente, não terá havido relação de consumo.” GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 506.

Já os maximalistas enxergam no CDC um instrumento mais amplo, que tem o intuito de regulamentação do mercado de consumo. O CDC seria um código geral sobre o consumo, à serviço de uma sociedade de consumo, o qual institui normas para todos os agentes do mercado, que podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores; desta forma, suas normas não estão orientadas para proteger somente a parte vulnerável.

A definição do art. 2º para esta linha deve ser interpretada o mais extensamente possível, a fim de que o CDC seja apto a reger um número maior de relações no mercado. Consideram os maximalistas que a definição do art. 2º é objetiva, ou seja, destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e consome¹⁷⁹.

Cláudia Lima Marques adota a teoria finalista, assim como os autores do anteprojeto do CDC¹⁸⁰. Entretanto, afirma que além do destinatário fático e econômico, o CDC ampara os consumidores equiparados¹⁸¹, que por determinação excepcional legal estão também albergados pelo diploma.

Apesar de não ser o objeto específico deste trabalho, vê-se que tal posicionamento talvez seja o mais razoável tendo em vista o fim precípua do CDC de tutela dos entes vulneráveis. Assim se manifesta Cláudia Lima Marques em interessante passagem:

Eis porque considero que a definição de consumidor do art. 2.º do CDC deve ser interpretada "restritivamente" dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Trata-se do pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, I, Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho, então que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2.º, de maneira restrita, como destinatário final fático e econômico, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º¹⁸² (grifos da autora).

¹⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 253-255.

¹⁸⁰ Assenta José Geraldo Brito Filomeno: “Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial” (grifo do autor). GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 28.

¹⁸¹ É o caso do consumidor *stricto sensu* ou *bystander*, atingido em sua esfera jurídica pelo acidente de consumo; ou ainda, as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais previstas no Capítulo V do CDC, consideradas consumidoras não em razão do dano, mas sim pela vulnerabilidade que as caracteriza.

¹⁸² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* p. 311.

A razão de ser última do CDC - mencionado em três diferentes passagens na CF¹⁸³ - é a vulnerabilidade. Se antes, dentro de um modelo contratual de relativo equilíbrio, consumidor e fornecedor (figuras que socialmente sempre existiram) se encontravam em situação de relativa igualdade, hoje a “balança” pende para o lado do fornecedor, parte inegavelmente mais forte¹⁸⁴. Sem limitações, o fornecedor impõe de forma absoluta sua vontade e dita regras unilateralmente, inclusive com abuso do próprio direito e violações a direito alheio.

A vulnerabilidade do consumidor se manifesta de três maneiras: técnica, jurídica e faticamente. A vulnerabilidade técnica do consumidor é demonstrada pela falta de conhecimentos sobre o objeto ou serviço adquirido, o que possibilita, por exemplo, que seja ludibriado quanto às características e utilidades destes. A vulnerabilidade jurídica – como resta evidente – concretiza-se na falta de conhecimentos específicos sobre Direito; assim, por vezes, não há como o consumidor impedir a atuação maliciosa e vantajosa do fornecedor, geralmente respaldado por aparato jurídico profissional. Já a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica se manifesta nas próprias pessoas do fornecedor e do consumidor, pela existência porventura de monopólio ou oligopólio, ou ainda, pelo poderio que detém em razão da essencialidade básica que envolve o produto ou o serviço. Tal quadro impõe uma superioridade do fornecedor em relação a todos que com ele contratam¹⁸⁵.

Justamente estes elementos que irão fundamentar a interferência do Direito, no sentido de “[...] reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas do mercado¹⁸⁶.”

Um dos campos em que as citadas vulnerabilidades se manifestam mais claramente é o dos contratos.

A forma de pensar o contrato individualista e liberal que influenciou diretamente o espírito do código Beviláqua se tornou inapropriada com o passar dos anos.

É de se notar que o período de formação das codificações – século XIX, principalmente - é marcado pela valorização da vontade como fundamento dos contratos e da autonomia privada como seu princípio fundamental.

O processo histórico para tanto é de fácil compreensão. A ascensão da burguesia pluralizou e tornou mais complexas as relações entre os particulares, o que trouxe a

¹⁸³ Art. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V da CF e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A insistência demonstra a preocupação do constituinte.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 6.

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* p. 270-273.

¹⁸⁶ Op. cit. p. 7.

necessidade de distanciamento das influências do Estado absolutista e monárquico, presente na cena européia do século XVIII. Nesse momento histórico, o discurso da filosofia da ilustração no sentido de que o poder pertence ao povo é válido e funciona. Através dele, proclama-se a liberdade do burguês e o rompimento da sua vinculação ao Estado na condição de súdito submisso. Daí a exaltação da liberdade¹⁸⁷.

A liberdade é sublinhada como princípio inalienável, e ganha reforço na igualdade de todos perante a lei - igualdade formal – angariada após longas lutas e revoluções. Com cidadãos iguais perante o Estado, fundamentada está a liberdade para que cada um deles possa contratar entre si, da maneira e da forma que quiserem¹⁸⁸. Nesta fase, o brocardo *pacta sunt servanda* é verdade quase que absoluta.

Como dito, essa perspectiva já não se adequava ao mundo do século XX, marcado por um modelo econômico predominantemente industrial, tecnológico e urbano, no qual “[...] surgiram novos institutos jurídicos, como a empresa, os contratos-tipos, os de adesão e outras figuras contratuais próprias do desenvolvimento econômico e capitalístico¹⁸⁹.” Eis, portanto, o fundamento para o intervencionismo estatal e o fim da “época de ouro” da autonomia privada.

O intervencionismo estatal que nasce tem suporte em fatores de ordem filosófica, moral e econômica. Filosoficamente, ressurge a idéia do homem como ser social, o que lhe obriga a viver condicionado e limitado quanto à sua capacidade de agir. No campo da moral, constata-se que liberdade e igualdade são valores em constante conflito; assim, a igualdade meramente formal que já não garante a igualdade de oportunidades e de progresso deve ser substituída por uma concepção mais ampla e isonômica: a igualdade material. Economicamente, percebe-se a inconveniência de deixar o mercado livre e seu famoso jargão (“*laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer*”) predominarem sem limitações, pois empiricamente causadores de grandes disparidades e conflitos sociais e até mesmo de crises econômico-financeiras, como a de 1929¹⁹⁰.

Francisco Amaral ensina que a liberdade contratual plena e sem limitações pode levar os segmentos sociais mais carentes de recursos e desprovidos do poder de barganha (como os consumidores) a desníveis econômicos prejudiciais, o que impulsiona o Estado a assumir características intervencionistas para equilibrar o poder das partes, estabelecendo normas

¹⁸⁷ MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 27.

¹⁸⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*p. 358.

¹⁸⁹ Ibid. p. 361.

¹⁹⁰ Ibid. p. 361-362.

imperativas em matéria de ordem pública ou de bons costumes. Limita-se a autonomia privada com a finalidade de proteger os pólos mais fracos da relação jurídica contratual¹⁹¹.

Num momento em que a igualdade formal já não é suficiente para a garantia da justiça nas convenções é que surge o CDC, expressão maior de uma tentativa de equilíbrio entre partes. Afinal, “o surgimento do consumo e o desenvolvimento de uma sociedade nele pautada evidenciou a insuficiência dos meios de proteção contratual até então vigentes¹⁹².”

Destacam-se no CDC diversos preceitos relacionados aos contratos. Tão inovadores foram seus princípios e normas ao tempo de sua promulgação que “[...] pela sua amplitude, passaram a ser aplicados também aos contratos em geral, mesmo que não envolvam relação de consumo¹⁹³.” Tal evento se deu porque o CDC trouxe à lume preceitos contemporâneos e de acordo com mandamentos constitucionais como a isonomia substancial, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e regionais, a dignidade da pessoa humana e a realização da própria personalidade humana. Trata-se de verdadeiro marco de mudança jurídica do direito contratual brasileiro.

Numa análise perfunctória da Lei nº 8.078 de 1990 é possível citar como importantes exemplos de normas relativas aos contratos: (i) o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor¹⁹⁴, segundo o qual reconhece-se a fraqueza do consumidor em relação ao fornecedor; (ii) o princípio da boa-fé objetiva, no sentido de obrigatoriedade de um dever de lealdade entre os contratantes; (iii) o princípio do equilíbrio econômico do contrato¹⁹⁵, no qual se busca a diminuição das disparidades decorrentes dos poderes do fornecedor; (iv) o princípio da liberdade de escolha¹⁹⁶ (a ser detalhado a seguir); (v) o princípio da informação¹⁹⁷ (também explicado na seqüência); (vi) os institutos da lesão e da

¹⁹¹ Loc. cit.

¹⁹² MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. Op. cit. p. 29.

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* – Volume III. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11. Neste sentido é interessante a observação de Nelson Nery Júnior: “Num contrato civil seria válida cláusula que deixasse apenas a um dos contratantes, unilateralmente, a fixação do preço ou do reajuste das prestações? A resposta é negativa. Essa cláusula é inválida em qualquer contrato, independentemente de ser ou não relação de consumo.

Destarte, a teoria geral dos contratos criada pelo capítulo de proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor, porque encerra regras de sobredireito, deve ser aplicada a toda e qualquer relação jurídica de Direito Privado, seja civil, comercial ou de consumo.” GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 551.

¹⁹⁴ Art. 4º, inciso I do CDC.

¹⁹⁵ Ambos no art. 4º, inciso III do CDC. Trata-se da primeira previsão no sistema jurídico nacional da boa-fé objetiva.

¹⁹⁶ Art. 6º, inciso II do CDC.

¹⁹⁷ Arts. 6º, inciso III e 46 do CDC.

onerosidade excessiva¹⁹⁸; (vii) o princípio da solidariedade¹⁹⁹, pelo qual tendo mais de um autor a ofensa, todos respondem solidariamente; (viii) a vinculação do fornecedor à oferta²⁰⁰; (ix) o rol de práticas consideradas abusivas²⁰¹; assim como, já no capítulo VI (“Da Proteção Contratual”): (x) a interpretação mais favorável ao consumidor²⁰²; (xi) a vinculação pré-contratual²⁰³; (xii) o prazo de reflexão²⁰⁴; (xiii) o rol de cláusulas abusivas²⁰⁵, consideradas nulas de pleno direito; (xiv) a vedação à cláusula de perdimento total nos contratos de compra e venda mediante pagamento em prestações²⁰⁶.

Com o advento do CC de 2002 vários desses princípios e institutos foram reafirmados, ganhando aplicabilidade em relações contratuais antes blindadas, o que harmonizou os dois diplomas em matéria contratual²⁰⁷.

4.2 Limites quanto aos contratos celebrados pelos consumidores: a cessão

Como visto no capítulo 2, os dados pessoais, como projeções da personalidade humana, gozam de proteção no sistema jurídico nacional. Não se trata de proteção sistemática e completa - apresentado-se de forma um tanto quanto incerta e oblíqua -, mas a ressalva deve ser feita no campo do consumo, onde a fragilidade do consumidor fez com que o legislador apresentasse normatização um pouco mais minuciosa no art. 43 do CDC.

Feita esta apresentação inicial das características dos contratos de consumo, na trilha dos quais serão estudados os dados pessoais, cabe estabelecer os limites - e eles existem, como será possível perceber - quanto à cessão e circulação de dados dos consumidores.

Parte a monografia do princípio basilar – ainda que mitigado - de qualquer contrato: a autonomia privada. Em seguida, tenta-se delinear de que forma alguns institutos da seara

¹⁹⁸ Art. 6º, inciso V do CDC. Note-se que neste dispositivo, ao contrário do que ocorre no art. 478 do CC, não impõe a extraordinariedade ou imprevisibilidade do fato, muito menos a resolução obrigatória do contrato. O CDC prima pela simples modificação da cláusula contratual em razão de fato superveniente (previsível ou não).

¹⁹⁹ Art. 7º, parágrafo único do CDC.

²⁰⁰ Arts. 30 a 35 do CDC.

²⁰¹ Art. 39 do CDC.

²⁰² Art. 47 do CDC.

²⁰³ Art. 48 do CDC.

²⁰⁴ Art. 49 do CDC.

²⁰⁵ Art. 51 do CDC.

²⁰⁶ Art. 53 do CDC.

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* – Volume III...p. 12.

privatista concretizam a tutela do consumidor segundo os parâmetros da privacidade antes apresentados.

4.2.1 A autonomia privada e o poder jurígeno dos particulares como elementos realizadores da personalidade e o papel do consentimento na autoderminação informativa

Autonomia privada é poder conferido aos particulares para, segundo a sua vontade e dentro dos limites legais, regularem o conteúdo e os efeitos das relações jurídicas estabelecidas entre si. Trata-se, em outras palavras, do “[...] poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico[...]”²⁰⁸.

Em geral, o estudo da autonomia privada precede e fundamenta de forma lógica o dos negócios jurídicos, instrumentos de realização dessa autonomia²⁰⁹. A razão para tanto é que justamente no âmbito dos contratos e do testamento - exemplos de negócios jurídicos - que a vontade se torna juridicamente mais preciosa, alcançando o seu mais alto nível de influência prática.

Quando se analisa a fundo a razão da aceitação pelo Direito da produção de efeitos jurídicos pela manifestação volitiva – criação, modificação ou extinção de relações jurídicas -, chega-se à conclusão de que o indivíduo, ao contratar ou testar, está realizando um ato de liberdade, que é justamente essa possibilidade de o ser humano agir segundo a sua vontade. Nas palavras de Francisco Amaral:

Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade²¹⁰.

Evidencia-se a conexão com o tema desenvolvido no capítulo relacionado aos direitos da personalidade deste trabalho, quando foram apresentadas as bases do valor personalidade e o fundamento maior de sua tutela, a cláusula geral da personalidade.

Atualmente o homem ocupa o centro do ordenamento jurídico, e deve ter todas as projeções de sua personalidade amparadas. No caso da autonomia privada, a conexão com o

²⁰⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*p. 347.

²⁰⁹ AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 26, n° 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

²¹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*p. 348.

exercício da liberdade, outro direito da personalidade, além de não ser de difícil visualização, torna-se ainda mais simples pela proteção expressa que este valor de aspecto moral recebeu na CF²¹¹, sendo desnecessário qualquer desvio até a cláusula geral mencionada. Em definitivo, “o princípio da autonomia privada baseia-se, portanto, ou tem como pressuposto a liberdade individual [...]”²¹²”

Apesar de toda a discussão entre a tendência individualista e a tendência social que há anos está presente nos meios jurídicos, não há como negar que a autonomia privada ainda ocupa local de destaque no direito civil, constituindo “[...] um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de direito privado contemporâneo [...]”²¹³”

O que se percebeu modernamente, entretanto, é que a igualdade de todos perante a lei e o Estado - grande suporte da autonomia privada – era já no século XX uma falácia que precisava ser corrigida. Não se buscou anular, portanto, toda a capacidade de criação e formulação de efeitos jurídicos pelos indivíduos. Fazer isso, ou seja, determinar o fim do poder jurígeno da vontade, significaria limitar a personalidade humana no que tange à liberdade, algo que não teria cabimento frente ao personalismo ético.

Por isso que a funcionalização dos institutos²¹⁴ pode e deve conviver com a autonomia privada, caracterizada contemporaneamente pela limitação que sofre em prol de uma busca pela eficácia e utilidade social do próprio instituto. A tese de existência de uma “crise” da autonomia privada não procede, visto que “[...] o que está em crise não é propriamente a autonomia em si, mas uma determinada concepção ou perspectiva sua²¹⁵.” Trata-se, enfim, de uma questão de estabelecimento de limites.

Corolário lógico da autonomia privada é o poder jurígeno dos particulares. Já não há mais lugar para a “legolatria” positivista, como se o Direito não tivesse outra fonte que não a lei. A realidade multifacetada que se apresenta ao intérprete atualmente²¹⁶ está carregada tanto da aptidão para o estabelecimento de efeitos jurídicos lícitos como dos usos e costumes negociais. Ademais, é argumento válido o que afirma que “tratando-se de relações jurídicas de

²¹¹ Art. 5º, *caput* e art. 170, *caput* da CF.

²¹² AMARAL. Francisco. A autonomia privada...p. 207-230.

²¹³ Ibid. p. 207-230.

²¹⁴ O paradigma maior da funcionalização dos contratos está previsto no art. 421 do CC: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

²¹⁵ Ibid. p. 207-230.

²¹⁶ LUDWIG. Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores²¹⁷.”

O conceito moderno de privacidade utilizado neste trabalho – “a possibilidade de a pessoa controlar, tanto quanto possível, a massa de informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso” - e a idéia de autodeterminação informativa estão intimamente relacionados à autonomia privada.

Somente o consentimento explícito e bem informado²¹⁸ quanto às finalidades da cessão poderá funcionar como fator determinante para a utilização posterior dos dados pessoais nos contratos de consumo, razão pela qual o art. 43, § 2º do CDC estabelece que “a abertura de cadastro, ficha, registro, e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.” Entende-se - segundo uma interpretação constitucional - que a comunicação deverá ser complementada pela a autorização expressa do consumidor, a não ser que o dado esteja intimamente vinculado com a contratação. Aliás, essa forma de regulação é a adota no direito comparado. A Diretiva 95/46 da União Européia, por exemplo, determina que

Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efectuado se:

- a) A pessoa em causa tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento; ou
- b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual a pessoa em causa é parte ou de diligências prévias à formação do contrato decididas a pedido da pessoa em causa; ou
- c) O tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; ou
- d) O tratamento for necessário para a protecção de interesses vitais da pessoa em causa; ou
- e) O tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados; ou
- f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do artigo 1º²¹⁹.

²¹⁷ AMARAL. Francisco. A autonomia privada...p. 207-230.

²¹⁸ O princípio da informação do consumidor será analisado mais a frente.

²¹⁹ Art. 7º - Secção II – Princípios relativos à legitimidade do tratamento de dados.

Na lei argentina consultada, adequada aos moldes da mencionada Diretiva, afirma-se que o tratamento de qualquer dado pessoal é “ilícito quando o titular não houver dado o seu consentimento livre, expresso e informado, e que deverá constar por escrito, ou por outro meio que se equipare, de acordo com as circunstâncias.²²⁰” Ressalva-se também a questão do contrato, não sendo necessário o consentimento expresso quando a cessão derivar deste e resultar necessário para o seu desenvolvimento e cumprimento.

Obviamente que este “poder” de cessão não pode ser ilimitado, mesmo quando respeitada a necessidade do consentimento, ainda mais quando se está diante de relação contratual consumerista, por excelência composta por partes desiguais. Justamente pela vulnerabilidade do consumidor antes apresentada que este deve estar protegido por impedimentos legais e munido de instrumentos adequados para a formação de sua vontade e concretização do direito à autodeterminação informativa.

No caso da contratação que contenha cláusula sobre a cessão dos dados fornecidos para a efetivação da convenção, bem como sobre autorização para a posterior comercialização é imprescindível que fique claro para o consumidor o que isto significa. Além disso, e apesar de se tratarem na maioria das vezes de contratos de adesão, é importante que lhe seja dada a possibilidade de discutir e influenciar no conteúdo do contrato, de maneira que o consumidor tenha como expurgar ainda nas tratativas previsões com as quais não concorde.

²²⁰ Art. 5°.

Obviamente que este é um quadro utópico que para ser alcançado deverá contar com o auxílio do poder judiciário e com a atuação do Ministério Público na hipótese de violações coletivas pelas cláusulas contratuais gerais²²¹. Sem isso, o abuso de direito é quase certo²²².

Neste sentido é que serão estudados quais são os instrumentos jurídicos existentes dentro do sistema nacional que coíbem a cessão livre dos dados e ajudam o consumidor a formar adequadamente sua vontade

4.2.1.1 *Os limites da autonomia privada*

²²¹ Ensina Nelson Nery Júnior: “Uma das fontes de tutela contratual do consumidor é a que se realiza mediante o controle das cláusulas gerais dos contratos. Esse controle pode ser efetivado administrativamente ou pela via judicial. Tanto num como noutro caso, o controle pode ser abstrato ou concreto.

O controle administrativo dá-se: a) pela instauração de inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85, aplicável às ações fundadas no CDC por incidência do art. 90, CDC); b) pela adoção de providências no âmbito da administração pública, relativamente às atividades por ela fiscalizada ou controlada.

A instauração do inquérito civil (art. 8º, § 1º, LACP e art. 90, CDC) é atribuição institucional exclusiva do Ministério Público (art. 129, nº III, CF), que serve como preparação para eventual ajuizamento de ação civil pública.

No inquérito civil o Ministério Público pode arremeter documentos, informações, ouvir os interessados, a fim de formar sua opinião sobre a existência ou não de cláusula abusiva em determinado contrato de consumo. É nessa oportunidade que os interessados podem chegar à composição extrajudicial, sempre no interesse social de preservar-se a ordem pública de proteção do consumidor.

(...)

A segunda forma de controle administrativo se dá pela possibilidade de a administração pública poder exercer ser poder de fiscalização e regulamentação, por meio de decretos, portarias e outros atos administrativos, dirigidos ao estabelecimento de padrões para que os administrados possam exercer a atividade controlada e fiscalizada pelo Poder Público.

(...)

Diferentemente do controle administrativo de *cláusulas contratuais gerais*, que somente pode ser feito pelo Ministério Público (por meio de inquérito civil) ou pela administração pública, nos limites de seu poder de fiscalização e regulamentação, o controle judicial (abstrato ou concreto) pode ser provocado por qualquer dos legitimados do art. 82 do CDC. A cláusula declarada judicialmente como abusiva não estará mais conforme o Direito. Essa decisão terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, no caso de haver sido pedido o controle judicial abstrato, cujo objetivo seja a proteção dos direitos difusos ou coletivos do consumidor (art. 103, CDC). Isso significa, em última análise, que a sentença que reconhece como abusiva determinada cláusula funciona na prática como *decisão normativa*, atingindo o estipulante em contratações futuras, proibindo-o de concluir contratos futuros com a cláusula declarada abusiva judicialmente. Do contrário, não teria nenhum sentido a tutela contratual *coletiva* ou *difusa* do consumidor.

Quando há pedido individual de declaração de abusividade de cláusula em contrato de *gré à gré* (“contrato de comum acordo”), vale dizer, em contrato que não de adesão, a autoridade da coisa julgada fica circunscrita às partes entre as quais foi dada a sentença (grifos do autor). GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 532-535.

²²² Figura presente no art. 187 do CC.

A autonomia privada não confere poderes irrestritos. A formação de um “ordenamento jurídico particular” encontra limites, “[...] limites esses crescentes, com a passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista ou assistencial²²³.”

Tradicionalmente vale o princípio da liberdade negocial, ou seja, onde a lei não se manifesta de forma contrária, explícita ou implicitamente, vale a manifestação livre das partes. Sem embargo, correntemente são citados pelos doutrinadores dois limites clássicos à autonomia privada²²⁴, quais sejam, ordem pública e bons costumes.

A ordem pública é expressão que designa o conjunto de interesses e normas que são fundamentais para a sociedade e para o Estado. No direito privado, constitui a base jurídica fundamental da ordem econômica. Já bons costumes são o conjunto de interesses e normas de cunho moral que expressam o modo de ser e agir de um povo, sendo concretizado, por exemplo, no princípio de lealdade contratual²²⁵.

Interessante notar que por ter como objeto questões extrapatrimoniais, a autonomia privada aplicada à cessão de direitos sobre a privacidade (onde se enquadram os dados pessoais) está vinculada diretamente à cláusula geral da personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana²²⁶, podendo-se afirmar com segurança que este princípio é na verdade um terceiro limite ao poder de regulação dos particulares, a ser concretizado pela vontade de cada pessoa.

Qualquer contrato que viole a ordem pública, os bons costumes ou o princípio da dignidade da pessoa humana será considerado ilícito²²⁷, e terá como consequência a nulidade do negócio²²⁸.

²²³ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*p. 348.

²²⁴ Os limites da autonomia privada não se confundem com os requisitos de validade, presentes no art. 104 do CC: “Para que receba do ordenamento jurídico conhecimento pleno, e produza todos os efeitos, é de mister que o negócio jurídico revista certos requisitos que dizem respeito à pessoa do agente, ao objeto da relação e à forma da emissão de vontade. É o que deflui do art. 104 do Código Civil, segundo o qual a validade do negócio requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma adequada. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit. p. 485.

²²⁵ Talvez a base para tanto seja o art. 17 do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

²²⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 50.

²²⁷ “Orlando Gomes elabora uma classificação dos contratos ilícitos em contratos proibidos, contratos imorais e contratos ilegais. Conforme essa classificação, são contratos proibidos os que se voltam contra a ordem pública; os imorais são os que contrariam os bons costumes e os ilegais são os contratos que desobedecem normas proibitivas.” BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 57.

²²⁸ Ibid. p. 62.

No CC de 2002, o valor ordem pública ganhou dispositivo específico: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos²²⁹.”

Dentro dos bons costumes pode ser incluída a idéia de moralidade. Contrários aos bons costumes são os contratos que “repugnam os sentimentos da maioria da população, independentemente de convicções religiosas ou suscetibilidades moralizantes²³⁰.” De conteúdo variável segundo o tempo e lugar, bom costume é expressão que designa o mínimo ético que o Direito visa tutelar.

A dificuldade maior que se apresenta ao tema está na amplitude dos conceitos – ditos “válvula” pela doutrina italiana²³¹ – o que dificulta a sua inteligência imediata, mas que facilita a atuação do magistrado, livre na busca por uma solução justa e equitativa diante dos múltiplos casos.

Como será observado, os conceitos de ordem pública e bons costumes encontram amparo legal no CC de 2002 através de dois princípios de grande prestígio para o direito contratual atual: função social dos contratos (art. 421) e boa-fé objetiva²³² (art. 422), respectivamente. A sua análise será realizada juntamente com outros dois princípios, orientadores do CC de 2002, também vinculados ao assunto.

4.2.2 Os princípios e regras do Código Civil aplicáveis: princípios da socialidade e da eticidade e suas expressões no âmbito contratual

Hoje é quase pacífica a aceitação do força normativa dos princípios.

²²⁹ Art. 2.035, § único do CC.

²³⁰ GOMES, 1995 *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Op. cit. p. 65.

²³¹ L'alone di indeterminatezza che circonda il centro semantico delle parole legali è particolarmente ampio nel caso dei cosiddetti “concetti valvola” utilizzati spesso volutamente dal legislatore, conscio dei propri limiti, per consentire all'interprete maggiore libertà di movimento, per non entrare nel merito di discussioni dottrinali, per aprire la porta a valutazioni sociali o equitative senza le quali il meccanismo dello *ius strictum* potrebbe incepparsi o sembrar funzionare “accanto” alla vita, in una propria dimensione esageratamente isolata e astratta. Si pensi ai concetti di buona fede, buon costume, uso del traffico, stato di necessità, forza maggiore, colpa, causa, diligenza richiesta, giusto (grave) motivo, penalità sproporzionata, abuso del diritto, dichiarazione tacita, risarcimento del danno e simili. VALLAURI. Luigi Lombardi. *Corso di filosofia del diritto*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1981, p. 33.

²³² Afirma Clóvis do Couto e Silva: “Como não se pode considerar conforme com a boa-fé o que contradiga os bons costumes, há quem afirme que a distinção entre os dois conceitos, quando muito, é gradativa.” SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 34.

Assim, sabendo-se que o tema não tem legislação específica no Brasil, a referência aos princípios contratuais é inevitável no complemento aos institutos até o momento apresentados.

O CC de 2002 foi inovador na medida em que criou um sub-sistema jurídico aberto, plasmado por princípios. A nova ordem privada concretizada no recente diploma se caracteriza por ser uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais²³³, a serem aplicados da melhor forma diante do caso concreto.

Além dos princípios tradicionais do direito privado, estão presentes no decorrer do código princípios destinados a orientar o intérprete na realização do Direito. Constituem, na verdade, critérios, “[...] que dão flexibilidade ao sistema e exigem do jurista, advogado e magistrado, preparo e responsabilidade na construção da norma [...]”²³⁴ São os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade. Para o presente trabalho interessam os dois primeiros, sendo certo que o terceiro está mais ligado ao campo da hermenêutica jurídica.

O princípio orientador da socialidade fez com que o legislador superasse o individualismo marcante do CC de 1916, dando prevalência aos valores sociais e coletivos. No campo obrigacional, é instantânea a relação com o princípio da função social dos contratos, que consolidou a idéia de que o contrato deve ser funcionalizado, calcando-se para tanto na solidariedade constitucional²³⁵.

O art. 421 do CC (“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”) “[...] não se restringe apenas à decisão sobre o ato em si de contratar, mas abrange igualmente a escolha do contratante e, sobretudo, a decisão sobre o conteúdo do regulamento contratual”²³⁶.

Aponta este princípio para a necessidade de submissão da disciplina do conteúdo dos contratos aos valores sociais e para a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato²³⁷. Não se trata de um mero limite externo - como o conceito de “ordem pública” - mas sim de fundamento do contrato, podendo ser definido como o dever imposto aos contratantes de atender e observar interesses extracontratuais socialmente importantes que

²³³ AMARAL, Francisco. *Direito civil...*p. 98.

²³⁴ Loc. cit.

²³⁵ Art. 3º, I da CF.

²³⁶ TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 1. ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6.

²³⁷ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 52.

estão relacionados ao contrato ou que podem ser atingidos por ele. Tais interesses dizem respeito, por exemplo, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente²³⁸.”

No bojo do tema aqui sugerido, contrário à função social é o contrato que não respeita o titular do direito da personalidade, individual ou coletivamente, impossibilitando sua escolha quanto à massa de informações que deseja ceder. Além disso, violará a função social, por exemplo, o contrato de adesão que não atentar para os escopos de bem comum e de justiça social que o CDC promove, ou ainda, aquele contrato utilizado como meio de angariar informações a serem empregadas em condutas futuras reprováveis, como as discriminatórias ou de comercialização dos dados. Desde esse ponto de vista é que poderia ser afirmado que a cessão dos dados sensíveis é vedada pelo Direito pátrio em regra, entre outras razões, pelo interesse social que permeia seu resguardo.

Já o princípio orientador da eticidade, segundo o qual privilegia-se os critérios éticos-jurídicos sobre os critérios lógico-formais, significa a preocupação na busca pela melhor solução para as partes e do respeito aos princípios éticos de conduta. No campo obrigacional, além da relação com o instituto da interpretação mais favorável ao aderente e da resolução por onerosidade excessiva, sublinha-se o vínculo com o princípio da boa-fé objetiva previsto no art. 422 do CC (“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”).

Por este princípio, os contratantes devem atuar com honestidade, dentro de um elo de cooperação que aumenta o número de deveres – além daqueles que a convenção estipula²³⁹ - e limita o exercício de determinados direitos subjetivos, com a finalidade de resguardar as legítimas expectativas das partes. Traduz-se na imposição de uma atuação ética e solidária dos contratantes, que devem dar primazia aos objetivos comuns lícitos visados e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais²⁴⁰.

Para o tema do trabalho, destaca-se como dever anexo nascido do princípio da boa-fé objetiva o do esclarecimento ou informação²⁴¹. É violador da boa-fé objetiva o contrato que não viabiliza a notificação clara do consumidor sobre a abertura do cadastro ou banco de informações com aquelas prestadas na convenção. Tem especial relevância o fato de o

²³⁸ Ibid. p. 14.

²³⁹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. Op. cit. p. 33.

²⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado...* v. II, p. 17.

²⁴¹ “Assim, impõe-se às partes deveres outros que não aqueles previstos no contrato: deveres de lealdade, de proteção e de esclarecimento ou informação.” TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos...* p. 36.

comando contido no artigo se referir também à fase pós-contratual, “[...] ao longo da qual os ex-contratantes ainda devem se manter vinculados pelo mesmo princípio²⁴²”; assim, qualquer transmissão não autorizada de dados seria também conduta ilícita.

Será contrário à boa-fé objetiva o contrato que não permita a livre e racional escolha da cessão dos dados pelo consumidor quando estes não guardem relação direta com o objeto do acordo, ou aquele que, através de cláusulas intrincadas ou com letras pequenas²⁴³ não deixe evidente a autorização para a cessão e posterior circulação de dados ou abuse da própria autorização para além dos limites consignados, ou, ainda, que não apresente claramente a finalidade da cessão, dentre outros.

O catálogo de condutas que poderiam desrespeitar os dois princípios aqui apresentados, violando, por conseqüência, a privacidade do consumidor, é infundável. Além disso, em muitas condutas ilícitas a aplicação de um ou outro princípio é duvidosa, sendo possível a existência de um campo comum de atuação.

Nota-se que o fim maior de aplicação de tais princípios é a proteção do valor personalidade. Verifica-se nisto a influência do personalismo ético, guia do ordenamento jurídico contemporâneo.

Em razão da hipossuficiência do consumidor, pode-se afirmar que o rol de princípios que militam a seu favor é maior do que aquele que resguarda o contratante comum, fato que, conjugado com a regulação específica dos bancos de dados (art. 43 do CDC), lhe confere melhor tutela da privacidade dentro do direito privado.

4.2.3 Os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis: princípios da vulnerabilidade, da transparência ou informação e liberdade de escolha e suas expressões no âmbito contratual

Os princípios positivados no CC de 2002 apresentados são aplicáveis a qualquer tipo de relação contratual, ao contrário dos princípios específicos do CDC. Isto porque, apesar de o diploma consumerista ter sido o primeiro a prever a boa-fé objetiva, por exemplo, tal

²⁴² TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado...* v. II, p. 15.

²⁴³ A Lei 11.785 de 22 de setembro de 2008 alterou o CDC para determinar que “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.”

princípio já se encontra na lei geral do direito privado. Não se justifica mais sua análise sob o prisma do consumidor hipossuficiente: os deveres de cooperação e lealdade são imperiosos em qualquer contrato.

Os princípios e regras a serem analisados neste momento têm vinculação com dispositivos específicos do CDC e estão amparados justamente no princípio basilar do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, razão para a existência de um código específico que tenta reequilibrar a relação contratual com reforço das situações jurídicas da parte mais fraca.

Ao redor da disciplina específica já analisada dos bancos de dados e cadastros de consumidores - art. 43 do CDC -, que traz as faculdades de acesso, retificação e expurgação, bem como a necessidade de notificação quando da utilização ou comercialização de dados²⁴⁴, destacam-se princípios consumeristas aplicáveis ao ato de contratar que funcionam como “satélites jurídicos” na proteção dos dados pessoais.

De fato, a tutela dos dados pessoais, para ser mais eficaz, deve começar mesmo antes do ato de transferência ao seu repositório (banco de dados ou cadastro), o que se dá normalmente através do contrato.

Visto o princípio da vulnerabilidade do consumidor, explicitado no início deste capítulo, destaca-se no CDC o princípio da transparência ou informação. A palavra “transparência” aparece no art 4º, *caput*²⁴⁵. Trata-se de um princípio básico, cuja idéia essencial é possibilitar uma relação contratual sincera e potencialmente pouco danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência tem o sentido de informação clara e correta sobre tudo o que envolve o contrato, o produto ou o serviço; significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual de negociação dos contratos de consumo²⁴⁶.

Interessante perceber que na disciplina do CC, a transparência se adequaria mais a um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva; entretanto, no regime consumerista constitui princípio expresso.

²⁴⁴ A faculdade de expurgar dados e a necessidade de notificação do consumidor são derivadas não diretamente do texto legal, mas de uma interpretação constitucional que visa tutelar corretamente o direito à privacidade. Ademais, é de se ressaltar que expurgação e notificação estão sempre presentes nas legislações modernas sobre dados pessoais.

²⁴⁵ “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...]”

²⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* p. 595.

Destina-se o princípio não só a esclarecimentos sobre o produto ou serviço, mas a todos os temas relevantes para a relação contratual²⁴⁷. Assim, também o conteúdo do contrato deve sofrer influência do referido princípio, de modo que o consumidor não fique vinculado a obrigações que não pode suportar ou não deseja.

O princípio da transparência inverte a tradicional posição de dificuldade do consumidor, que necessitava se informar, perguntar, pesquisar e adquirir conhecimentos específicos a fim de poder realizar uma contratação segura. Com o CDC, que classificou o princípio da transparência ou informação como direito subjetivo básico do consumidor²⁴⁸, é o fornecedor que deve tomar a atitude ativa de deixar todas as circunstâncias contratuais evidentes, sob pena de o consumidor não ficar obrigado a cumprir nenhuma das disposições contidas no instrumento, como sanção imposta pelo art. 46 do CDC²⁴⁹:

Trata-se de sanção severa e ampla, que inviabiliza a produção de qualquer efeito mínimo de vinculação pelo contrato²⁵⁰ caso não seja dada oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou não lhe seja inteligível quaisquer das disposições presentes no instrumento. É preciso, portanto, que o consumidor tome plena e clara ciência das obrigações que assume.

No caso específico dos dados, é possível que o consumidor fique vinculado às disposições relativas ao objeto principal da contratação (pagamento do preço, por exemplo), mas que por falta de conhecimento prévio ou de informação clara, seja vedada a utilização dos seus dados. Daí a necessidade de transparência no momento da contratação, princípio a ser conjugado com o consentimento expresso na realização do direito à privacidade.

Apesar da dificuldade em relação à prova, a falta de informação ou a informação prestada de maneira obscura e imprecisa a respeito da cessão dos dados poderá abrir ao consumidor a faculdade - após o real conhecimento do conteúdo do contrato - de “livramento” da obrigação, com o respectivo resguardo dos dados, sem prejuízo da busca em juízo por

²⁴⁷ Loc. cit.

²⁴⁸ Art. 6º do CDC: “São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

²⁴⁹ Art. 46 do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

²⁵⁰ Ibid. p. 662.

perdas e danos que tenham ocorrido. Significará, em outras palavras, a inexistência do próprio vínculo contratual²⁵¹, ainda que se esteja diante de contrato formalizado e assinado²⁵².

O terceiro princípio selecionado é o relativo à liberdade de escolha e está previsto no art. 6º, II do CDC. Constitui também direito subjetivo básico do consumidor²⁵³.

O princípio, que “[...] tem supedâneo no princípio da liberdade de ação e escolha da Constituição Federal (arts. 1º, III, 3º, I, 5º, *caput*, entre outros)²⁵⁴” visa proporcionar, com fulcro numa pretendida diminuição das desigualdades entre os contratantes, a livre escolha ao consumidor quanto à contratação em si e quanto ao conteúdo do contrato. Em síntese, objetiva garantir a liberdade contratual.

Obviamente formaliza objetivo difícil de ser cumprido, ainda mais num campo em que impera a disparidade de forças, mas percebe-se a sua estreita conexão com o ideal de autodeterminação informativa, decorrência do atual conceito de privacidade.

Não basta que o fornecedor seja consciente de duas obrigações éticas e de seus deveres de informação. É necessário, ainda, que o consumidor tenha poder para, dentro de uma negociação que lhe é imprescindível, impor limites segundo seu conceito de privacidade, exercendo autonomia real e adequada à sua personalidade.

Neste sentido é importante a referência aos incisos IV e XV dentro do rol aberto das cláusulas abusivas²⁵⁵ do CDC. Segundo os dispositivos, são nulas de pleno direito as cláusulas que: “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” e que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor.” Pela redação, é possível concluir que além de transparente, nunca poderá o fornecedor se aproveitar do consumidor para conseguir vantagem que desrespeite seu sentido de privacidade, o que se subsumiria à idéia de “exagero” do dispositivo. Assim, se o pequeno poder de barganha do consumidor não for suficiente, a nulidade da cláusula que desrespeita sua privacidade deve ser decretada judicialmente. Por outro lado, é evidente que esta forma de proceder tampouco estaria em conformidade com o sistema de proteção do consumidor e muito menos com o sistema constitucional, o que também possibilitaria a decretação de nulidade da cláusula.

²⁵¹ Ibid. p. 665.

²⁵² A questão tem tanto relevo que na legislação italiana atual (art. 1.469-ter do *Codice Civile*), cabe ao fornecedor provar que esse tipo de cláusula “perigosa” foi objeto de tratativa específica com os consumidores. Ibid. p. 663-664.

²⁵³ Art. 6º do CDC: “São direitos básicos do consumidor: II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.”

²⁵⁴ NUNES, Rizzatto. Op. cit. p. 126.

²⁵⁵ Art. 51 do CDC.

4.3 Limites quanto aos contratos celebrados pelos fornecedores: a circulação

Tornou-se bastante comum a comercialização de dados entre sociedades fornecedoras, tendo-se como objetivo primordial a realização de um *marketing* eficaz. Afinal, muito melhor do que simplesmente divulgar produtos e serviços aleatoriamente é fazê-lo diretamente a pessoas que têm mais chances de efetivamente consumir segundo um perfil particular.

Surpresas ficam as pessoas diante da correspondência remetida por loja nunca antes freqüentada, do cartão de crédito encaminhado sem solicitação prévia, do *e-mail* inoportuno, ou ainda, da ligação do banco nunca antes utilizado para uma operação sequer. Ora, como tais entes poderiam nos contatar senão através do acesso a nossos dados pessoais? O consumidor infelizmente já não tem controle sobre suas informações pessoais. Não sabe como, onde nem por quem suas referências foram fixadas.

Diferentemente dos serviços de proteção ao crédito²⁵⁶, a sistemática da circulação de dados pessoais não tem um grande “centro” de informações a ser consultado e “alimentado” constantemente por terceiros (no caso, as sociedades fornecedoras). A circulação de dados é promovida por mecanismos contratuais simples, nos quais as sociedades compram, vendem e permutam perfis, como maneira de economizar tempo e capital com propaganda.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin afirma que “um tema que não foi ainda tratado no Brasil é o da comercialização de cadastros de consumidores, com ou sem sua permissão²⁵⁷”, enfatizando que trata-se de “campo recheado de abusividade²⁵⁸.”

À primeira vista inexistente uma vedação à comercialização descrita²⁵⁹. Ela é realizada hoje em larga escala entre sociedades fornecedoras. Entretanto, fica óbvio que todos os mandamentos atinentes à cessão devem aqui ser respeitados, sob pena de ilicitude. Isto significa dizer que se uma sociedade fornecedora tem o desejo de comercializar os dados pessoais deve - além de notificar o consumidor dessa predisposição - solicitar seu

²⁵⁶ Os maiores arquivos de proteção ao crédito no país são os SPCs (Serviços de Proteção ao Crédito), ligado à Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas (CNDL), e a SERASA (Centralização de Serviços dos Bancos S.A.).

²⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 427.

²⁵⁸ Loc. cit.

²⁵⁹ “Mas nada impede que a empresa acrescenta àquilo entregue pelo cadastrado informações outras, de caráter complementar, resultado tanto de pesquisa que possa conduzir ou mesmo experiência de mercado, como de aquisição pura e simples em arquivo de consumo, gerido por terceiro.” Ibid. p. 433.

consentimento quando da celebração do contrato, explicando-lhe pormenorizadamente as conseqüências dessa autorização (envio de correspondências, produtos, *e-mails*, telefonemas, etc). Não sendo esta a situação, e surgindo o interesse pela circulação posteriormente, deve a sociedade cumprir o ônus primário relacionado a bancos de dados e cadastros de consumidores: a comunicação prévia por escrito²⁶⁰ da transferência para que, ciente o consumidor, possa dar seu consentimento.

O que ocorre na prática não é isso. Contratos e até mesmo formulários são preenchidos indiscriminadamente, não sendo cumpridos pelo fornecedor os deveres de boa-fé, transparência e liberdade de escolha. Assim, incapaz de perceber as conseqüências de seu ato, o consumidor acaba sendo levado a erro por não saber que as informações que presta serão usadas para outros fins que não aqueles limitados ao objeto do negócio jurídico.

Sem embargo, tem o consumidor a legítima expectativa de que as informações que presta fiquem restritas ao fornecedor contratado. Aliás, “[...] qualquer outro destino que o coletor ou arquivista dê a esses dados configura prática abusiva, nos termos do art. 39, *caput* (“dentre outras práticas abusivas”), do CDC²⁶¹.”

A tutela do consumidor é pré e pós-contratual, e atitudes empresariais imprudentes como essas confundem o “[...] modesto, precioso e frágil território da privacidade de cada indivíduo com o mercado, onde tudo está à venda²⁶².”

Na circulação de dados pessoais, importante se faz uma distinção entre dados relacionados a crédito (grande objetivo da proteção dos dados no CDC) e demais dados pessoais.

Aos primeiros é imposta a comunicação prévia por escrito da transferência dos dados. Os serviços de proteção ao crédito têm somente esta obrigação²⁶³, que permite ao titular dos dados “[...] o exercício do direito de correção, de modo a evitar ou mitigar ofensa a direitos da personalidade²⁶⁴.”

Quanto aos demais dados pessoais não vinculados ao crédito, poderá o titular se opor à circulação depois de informado sobre a intenção, ainda que se trate de dado não sensível. Os dados não sensíveis (nome, profissão, endereço e-mail, etc) também podem dar causa à

²⁶⁰ Art. 43, § 2º do CDC. Não importa para o CDC se esta comunicação será realizada pelo vendedor ou pelo comprador dos dados.

²⁶¹ *Ibid.* p. 431.

²⁶² *Ibid.* p. 416.

²⁶³ Este privilégio dos serviços de proteção ao crédito deriva de sua importância para a atividade comercial.

²⁶⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. cit.* p. 264.

violação do direito à privacidade. Muitos consumidores não desejam receber malas diretas, *spams* ou ligações que não foram solicitados ou permitidos, estando tal postura abrigada pelo direito à privacidade.

Assim, não existindo obrigação legal, poderá o consumidor-cidadão negar a circulação de todos a os tipos de dados pessoais não relacionados crédito.

Somente com o cumprimento destes requisitos que o fornecedor não infringirá a cláusula geral das práticas abusivas do CDC. Como assenta Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin em leitura constitucional do sistema:

Fica, pois, bem caracterizada prática abusiva, nos termos do art. 39, do CDC, que é norma aberta, do tipo cláusula geral, não custa repetir; sem falar na violação da garantia constitucional da privacidade. Nesse caso, a abusividade é praticada de forma solidária, tendo, de um lado, o banco de dados que coleta as informações cadastrais e, do outro, a empresa que adquire uma “mala direta” em particular. Como alerta Rizzato Nunes, o sistema constitucional garante a “inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem no que respeita ao consumidor pessoa física (CF, art. 5º, X) e inviolabilidade de imagem do consumidor pessoa jurídica. Pois bem. A norma constitucional não permite que, sem autorização expressa, alguém repasse a outrem informação de terceira pessoa, do que decorre que, sem autorização, o fornecedor não pode passar a ninguém *nenhuma* informação a respeito do consumidor. Nenhuma: nem informação positiva e muito menos depreciativa.”

A regra – e só assim tais práticas passam no teste da constitucionalidade e do rigor da autonomia da vontade – é que cadastros de consumidores não podem ser comercializados sem sua *expressa e prévia autorização*. Faltando esta, em nenhuma hipótese “poderá o fornecedor usar os dados pessoais do consumidor para cessão a terceiros, sob pena de violação da privacidade”, direito assegurado pela Constituição [...] ²⁶⁵ (grifos do autor).

²⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op. cit. p. 379.

5. CONCLUSÃO

Verificou-se em nossa pesquisa que os direitos da personalidade constituem, na verdade, projeções do “valor” personalidade ao qual o Direito está vinculado, cabendo-lhe basicamente o papel de reconhecimento e de proteção das diversas formas pelas quais se expressa a pessoa.

As maneiras pelas quais se manifesta a personalidade humana são múltiplas, razão pela qual se advoga que o melhor fundamento para a sua proteção está na cláusula geral da personalidade, consubstanciada dentro do direito positivo brasileiro no art. 1º, III, da CF. Por meio dela, evita-se a “setorização” ou a “tipificação” dos direitos e modos de exercício da personalidade, o que se enquadra melhor à atual sociedade, marcada pelo pluralismo e pela complexidade.

Dentre os diferentes modos de efetivação da personalidade, apresentou-se a hipótese de limitação voluntária do exercício de tais direitos, em contraposição à equivocada disposição do art. 11 do CC, por demais restritiva. Desta forma, podem os direitos da personalidade sofrer limitação voluntária para além dos casos previstos em lei, desde que esta limitação não seja nem permanente nem geral. Esse entendimento, além de ter sido o adotado no enunciado nº 4 na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal (CEJ) e de ser defendido por doutrinadores de renome, adequa-se à idéia difundida internacionalmente de livre desenvolvimento da personalidade e efetiva diretamente um tradicional tipo de direito da personalidade, qual seja, a liberdade, previsto no art. 5º, *caput*, da CF.

Viu-se também que o direito à privacidade é multifacetado e, atualmente, está intimamente ligado à questão informacional, realizando-se plenamente através de decisões pessoais por meio das quais o indivíduo determina a massa de informações que deseja que os outros tenham acesso.

Essa perspectiva da privacidade, concretizada numa sub-espécie de direito chamada autodeterminação informativa é que irá gerir, juntamente com outros instrumentos jurídicos - nomeadamente o instituto do *habeas data* e o CDC - a tutela dos dados pessoais no Brasil, área há muito desenvolvida tanto nos Estados Unidos como na Europa, continente onde se destaca a Diretiva 95/46.

Sublinhou-se a categoria dos “dados sensíveis”, sempre lembrados nas leis alienígenas como informações potencialmente geradoras de discriminação, chegando-se à conclusão que o espírito do sistema constitucional brasileiro tende à regra da vedação da transmissão de tais dados, intimamente ligados a direitos fundamentais, ressaltando-se, entretanto que inexistem direitos absolutos.

Sobre o sistema brasileiro de proteção de dados pessoais, desprovido de legislação específica, percebeu-se a pouca amplitude do *habeas data*, instituto destinado unicamente a entidades governamentais ou de caráter público que não trouxe em sua regulamentação a faculdade de expurgação dos dados, bem como a limitação da proteção concedida pelo CDC, aplicável unicamente às relações de consumo.

Quanto ao fornecimento de dados pessoais nos contratos de consumo, último ponto do trabalho, estabeleceu-se como parâmetro mais adequado para a identificação das relações de consumo a hipossuficiência. Só há sentido na proteção especial se o consumidor é destinatário fático e econômico do bem, como afirma a corrente finalista.

No que diz respeito à cessão e à circulação dos dados, concluiu-se que ambas devem estar orientadas pela autonomia privada e pelo consentimento bem informado.

Obviamente que, em se tratando de relação consumerista, por excelência desigual, a autonomia deve ser mitigada. Os limites defendidos na monografia são (i) o princípio da dignidade da pessoa humana, com enfoque no direito à privacidade; (ii) os limites clássicos da ordem pública e dos bons costumes e (iii) os advindos da realização de alguns princípios e regras do CC e; (iv) os advindos da realização de alguns princípios e regras do CDC, respectivamente, quanto aos pontos iii e iv, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva e os princípios do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, da transparência ou informação e da liberdade de escolha.

Somente através do consentimento que poderá o consumidor realizar seu direito à privacidade, definindo o quanto de suas informações são acessíveis. Assim, quando da realização de qualquer contrato que implique cessão de dados, não sendo estes fundamentais à realização do negócio jurídico, é imprescindível que seja o consumidor informado sobre tal fato, dando-se total liberdade de escolha para a cessão ou não do dado.

Da mesma forma, a circulação dos dados entre os fornecedores por meio de contratos de compra e venda ou de permuta, por envolver aspectos da personalidade alheia, deve estar amparada pelo consentimento, seja ele concedido no mesmo momento da contratação ou

posteriormente. A simples circulação sem tais elementos constitui prática tida como abusiva pelo CDC.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. Vol. I. – Introdução, as Pessoas, os Bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O direito civil na pós-modernidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n° 21, p. 3-20, 2002.

_____. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – Perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 26, n° 102, p. 207-230, abr./jun. 1989.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. rev. atual. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGHETI, Cibele Stefani. *Pessoa e personalidade humanas: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos de personalidade*. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoria General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *“Reality Shows” e a Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. 1. ed. Pamplona: Eunsa, 2000.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral - Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942–1945]*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Comparado, Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n° p. 71-99, jun. 2005.

_____. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro – Volume I*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Direito civil brasileiro – Volume III*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos – O breve século XX: 1914/1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. In: Ives Gandra da Silva Martins e Antônio Jorge Pereira Jr. (Coord.). *Direito à privacidade*. 1. ed. São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos materiais*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Alessandra Neusa Sambugaro de. *Privacidade e honra nas relações de consumo: uma análise a partir dos bancos de dados e da cobrança vexatória*. Dissertação de Mestrado da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nunes Barbosa. Os Direitos da Personalidade e os Direitos do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, nº 49, ano 13, p. 40-76, jan./mar. 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev. mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Juarez de et al. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – Volume I. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de Personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, nº 314, dez. 2003.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* – Direito de Personalidade/ Direito de Família. Tomo 7. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 46.

_____ et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 1a. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 1a. ed. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VALLAURI. Luigi Lombardi. *Corso di filosofia del diritto*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1981.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.