

ANÁLISE CRÍTICA DO PL 836/2003 (CADASTRO POSITIVO) APROVADO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Leonardo Roscoe Bessa, Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon (www.brasilcon.org.br), Doutor (UERJ) e Mestre (UNB) em Direito, autor do livro **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. Autor da Tese (Doutorado) intitulada **Bancos de dados de proteção ao crédito e os limites jurídicos do tratamento de informações positivas**. Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal.

1) Introdução

As observações que se seguem são as principais conclusões da palestra proferida no Seminário “Análise do projeto de lei sobre o cadastro positivo”, promovido pelo Centro de Estudos da Consultoria do Senado, no dia 21 de maio, em Brasília (Senado Federal).

Qualquer disciplina normativa relativa aos bancos de dados de proteção ao crédito deve considerar, de um lado, a importância das atividades desenvolvidas, tanto para o consumidor como para a economia, e, de outro, a potencialidade ofensiva que os arquivos de consumo representam a direitos da personalidade do consumidor (honra e privacidade). Deve-se considerar, sob pena de inconstitucionalidade, o significado da *inviolabilidade* do direito à vida privada – no aspecto de proteção de dados pessoais – honra, como projeções da tutela da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III c/c art. 5º, X, da Constituição Federal).

Destaque-se que o PL sob exame, embora tenha como objetivo principal regulamentar o cadastro positivo, traz algumas considerações sobre o tratamento de informações negativas, complementando a disciplina do Código de Defesa do Consumidor (art. 43).

É sob esta perspectiva, que se apresentam as críticas e observações que se seguem.

2) Disciplina diferenciada para bancos de dados públicos e privados

O parágrafo único da redação final aprovada pela Câmara dos Deputados (PL 836/03) prevê que “os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno serão regidos por legislação específica”.

Tal dispositivo deve ser suprimido. Não tem sentido existir uma legislação específica para bancos de dados públicos e outra para arquivos privados. Ao contrário, a tendência atual é de regulamentar numa única legislação os bancos públicos e privados, na linha da Diretiva 95/46 da União Européia. O fundamento para limitar a atuação das entidades privadas é o mesmo para o setor público. Em última análise, objetiva-se proteger a privacidade (proteção de dados pessoais) do cidadão/consumidor. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), nessa linha, se aplica tanto ao setor público como privado.

Nos Estados Unidos, há uma legislação específica para proteção de dados pessoais do cidadão pelo Estado e leis pontuais para atividades privadas. Em que pese tal circunstância, os direitos do cidadão/consumidor em relação às entidades que administram bancos de dados são basicamente os mesmos (acesso, correção, limitação temporal, segurança, finalidade específica para coleta de dados), evidenciando que não se justifica um tratamento diferenciado para o setor público.

O § único do artigo 1º deve ser suprimido.

3) Consentimento informado

É de fundamental importância deixar claro que a informação de adimplemento, mais do que “autorizada” pelo consumidor necessita do seu “consentimento informado”. A expressão tem um forte e específico significado jurídico. Significa que não vale o consentimento em cláusula “escondida” no contrato. O consumidor deve obter uma série de informações sobre a teórica utilidade de suas informações positivas, os riscos inerentes a qualquer tratamento de dados, e decidir, de modo maduro e consciente, pelo tratamento ou não dos dados. Na redação original do PL encaminhado pelo Poder Executivo havia expressa referência ao consentimento informado do consumidor, cuja exclusão é absolutamente injustificada.

Na redação atual, fala-se em “instrumento específico ou em cláusula apartada”, sem qualquer referência a consentimento informado.

Acrescente-se que não se indica expressamente para quem deve ser dirigido este consentimento informado. O mais adequado é que seja manifestado perante a pessoa que concede o empréstimo e terá, nos próximos meses, que alimentar os bancos de dados com as informações de adimplemento.

O consentimento informado significa a possibilidade de revogação da manifestação de vontade a qualquer momento, até porque quem irá se beneficiar ou prejudicar é o próprio consumidor. A revogabilidade, no caso específico do tratamento do tratamento de históricos de créditos, não apresenta qualquer efeito negativo tanto àquele que recebe inicialmente os dados (lojista, instituição financeira) quanto à entidade de proteção ao crédito. O tratamento de informações relativas ao histórico de crédito (espécie de informação positiva) não está atrelado a interesse imediato de um determinado fornecedor ou da própria entidade de proteção ao crédito. Sua dimensão é maior. Vincula-se à idéia de que é importante – tanto para o mercado como para o consumidor – que dados sobre hábitos de pagamento possam ampliar e baratear o crédito. A revogação do consentimento não deve ser vista como ato que possa causar dano a qualquer pessoa. Cuida-se de liberdade de escolha que, a médio prazo, pode significar, no máximo, a impossibilidade de obter taxas de juros mais favoráveis. Em outros termos, se é possível falar em algum prejudicado, este é o próprio consumidor.

Em razão dessas considerações, a revogação do consentimento não deve ser limitada como indica o § 2º do art. 5º do PL 836, ao estabelecer que não pode ocorrer cancelamento quando houver operação de cadastro pendente.

A única restrição possível em relação à revogação do consentimento para o tratamento de informações é a exigência de que ele deve ser completo. Em outras palavras, não se pode aceitar que a revogação seja específica para um ou outro contrato. Havendo manifestação de vontade direcionada a estancar o fluxo de informações sobre histórico de crédito, todos os contratos de crédito estão necessariamente abrangidos. Esta conclusão decorre da própria exigência do Código de Defesa do Consumidor no sentido de que os dados devem ser exatos e claros (art. 43, § 1º). A clareza significa que a informação deve ser precisa e completa. Ora, a restrição de tratamento de informações positivas (históricos de crédito), com a seleção pelo consumidor de um ou outro contrato, é evidente afronta à idéia de completude da informação.

Desse modo, o artigo 5º deveria ter a seguinte redação: Art. 5º. A abertura de cadastro, em banco de dados, para inclusão de informação de adimplemento deve ser autorizada pelo consumidor, pessoa física ou jurídica, **mediante consentimento informado, dirigido ao concedente do empréstimo**, garantindo-lhe o cancelamento a qualquer tempo. (grifou-se)

4) Protesto e comunicação

Toda a doutrina e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (órgãos públicos e entidades privadas dedicadas à proteção do consumidor no Brasil) tem destacado que a eventual realização de protesto de título não deve afastar o direito do consumidor de ser comunicado de sua inclusão em bancos de dados de proteção ao crédito, pois os efeitos, as conseqüências do ato são absolutamente diversas. O caráter decisivo de excluir o consumidor do mercado, pela inclusão de seu nome em arquivo de consumo, é muito mais forte, justificando, portanto comunicação específica, até para que se dê uma última chance ao consumidor de pagamento. O art. 6º e o § 3º do artigo 7º precisam ser alterados na parte que se refere à dispensa da comunicação prévia quando há protesto de título.

5) Abertura da expressão “outras relações comerciais”

O PL tem por objetivo principal regulamentar entidades que são auxiliares na decisão de concessão de crédito. Tanto na Europa como nos EUA, para que a privacidade tenha um mínimo de proteção, é exigência básica que qualquer banco de dados tenha uma finalidade **específica e muito bem delimitada**. Ora, o PL cuida de bancos de dados de proteção ao crédito, mas acaba por se referir a “relações comerciais” (art. 1º, art. 2º, I, art. 16). A expressão é extremamente ampla e, se não for considerada inconstitucional (art. 5º, X da Constituição Federal), irá permitir um acesso injustificadamente ilimitado às bases de arquivos de consumo, afastando qualquer garantia mínima de proteção à privacidade do consumidor. Afinal, o que são “relações comerciais”? Qualquer contato atual ou potencial com o consumidor pode ser considerado “relação comercial”! Sob

qualquer pretexto, será possível acessar os dados do consumidor, esvaziando, por completo, a garantia constitucional de inviolabilidade da privacidade (art. 5º, X),

Nesta linha, há inclusive contradição interna no próprio PL, cujo § 2º do art. 4º, de modo correto e coerente com o consenso internacional na área de proteção de dados, estabelece a proibição de informações excessivas, assim consideradas aquelas “desproporcionais ou que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor.”

6) Limite temporal

Uma das formas de se proteger a privacidade que vem sendo utilizada em toda regulamentação dos bancos de dados é apresentar limites temporais das informações.

O PL 836 fala em cinco anos unicamente para as informações negativas. O artigo 14, que se referiam a prazo mínimo de cinco anos para informações positivas foi retirado.

A existência de dois prazos não possui sentido teórico nem prático. A informação positiva (histórico de créditos) pode, a qualquer momento se tornar negativa: basta que o pagamento de uma única parcela de longo empréstimo seja efetuada com atraso superior a 30 dias. Isto vai gerar uma confusão até na interpretação das informações. O ideal é que seja um prazo único – o de cinco anos parece ideal – tanto para informação de adimplemento como de inadimplemento.

Até mesmo sob ótica exclusivamente econômica, a literatura atual tem contestado a doutrina do *more is better*, vale dizer, nem sempre uma quantidade maior de informação é melhor para avaliação dos riscos. Sob aspecto jurídico, de proteção da dignidade da pessoa humana, de sua privacidade, é fundamental a limitação temporal de informações que são tratadas por qualquer espécie de banco de dados.

Desse modo, sugere-se que o artigo 13 seja alterado para acrescentar que o limite temporal de cinco anos se refere também a informações de adimplemento.

7) **Análise de risco**

O artigo 20 permite aos bancos de dados realizar análises de riscos com base nas informações constantes de riscos. Estas análises acabam por atribuir pontuação ou nota aos consumidores (*scoring, rating*). O § 1º estabelece que, nesta hipótese, há obrigatoriedade de “disponibilizar quando solicitados pelo cadastrado, os principais elementos considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial”

Ora, um dos pontos de consenso internacional na proteção de dados pessoais é a possibilidade que se tem de acessar e exigir a correção de informação incompleta ou equivocada. O Código de Defesa do Consumidor, nessa linha, estabelece no § 3º do art. 43 a possibilidade de o consumidor exigir a correção de informação inexata. Como é possível exigir tal correção se não houver acesso ao método utilizado na análise de riscos. Como questionar, por exemplo, uma nota 7 ou determinado grau de risco na concessão de empréstimo se não se sabem quais os critério utilizados?

O PL, com a redação aprovada pela Câmara dos deputados, fala em disponibilizar os “principais” elementos considerados na análise de risco, quando deveria se referir a **todos** elementos considerados. Só assim se estará garantindo ao consumido o direito de, realmente, exigir retificação de informações equivocadas. Só assim será possível, atendendo-se a diretriz de transparência nas relações de consumidor (art. 4º do CDC) verificar realmente quais as informações que são ou poderão ser consideradas para fins de análise de risco.

8) **Limite de R\$ 60,00 e vedação informações sobre pagamento de luz, água, gás, telefone**

Sob o pretexto de proteger o consumidor, na redação final do PL consta a vedação de tratamento de “informações de inadimplemento de serviços de prestação continuada de água, luz, gás e telefone” (art. 4º, § 2º, III) e de obrigações “cujo montante não ultrapasse R\$ 60,00”. (art. 7º, § 4º).

Tais disposições não protegem o consumidor. A idéia básica é que os bancos de dados de proteção ao crédito devem ser reflexo da realidade na qual o consumidor se insere.

Ora, se ele realmente deve menos que R\$ 60,00 e não consegue pagar, tal dado deve ser avaliado pelo potencial credor para análise do risco de empréstimo aquela pessoa. Acrescente-se que, ao lado da importância da expansão do crédito, existe a forte preocupação atual com o superendividamento, o que é uma verdadeira mazela social, afetando não só o consumidor, mas toda a sua família. Ou seja, a denegação de crédito nem sempre é atitude com conotação negativa.

De outro lado, se o PL se baseia no fato de que o único “patrimônio” de pessoas de baixa renda é seu histórico de pagamentos, por que excluir as contas de água, luz e outros serviços essenciais? Em muitos casos, será a única informação positiva a ser apresentada pelo consumidor até a obtenção do seu primeiro empréstimo. Com isso, não se sustenta que este consumidor não deve ter proteção específica para eventual inadimplência de tais serviços. Tal proteção deve existir, a exemplo do que ocorre com as mensalidades escolares, mas esta não deve ocorrer na disciplina dos bancos de dados que, por natureza, devem refletir a realidade do consumidor.

Portanto, tais limitações devem ser suprimidas.

9) Exigência de Aviso de Recebimento para comunicação de informação de inadimplemento

A comunicação de registro de inadimplemento é de extrema importância para proteção dos interesses materiais e morais do consumidor. A propósito, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) possui disciplina específica. O CDC estabelece que a comunicação seja realizada para legitimar a inclusão de novos dados e sua posterior circulação. A única exigência é que seja *por escrito*. O modo como é encaminhada, com *Aviso de Recebimento* (AR), utilizando-se dos serviços da Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) ou por meio de pessoal próprio, não interessa diretamente ao CDC. Cabe destacar que o ônus da prova de demonstrar que a comunicação foi realizada é sempre do fornecedor ou entidade que administra o banco de dados, ou seja, se for negado o recebimento da comunicação escrita, caberá ao arquivo de consumo ou ao fornecedor provar, pelos meios admitidos em direito, a efetiva realização da comunicação.

Ademais, o AR, além de ser caro – com inevitável transferência dos respectivos custos ao consumidor! – não traz garantia efetiva de comunicação, porque pode ser recebido por pessoas vinculadas ao consumidor (porteiro do prédio, por exemplo).

Portanto, embora positiva a intenção, não se justifica a alteração da disciplina concernente à forma de comunicação prevista no CDC, devendo-se excluir a exigência do AR (art. 6º, *caput*).