

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

LUIZA CESAR PORTELLA

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA COMPRA E VENDA NÃO AUTORIZADA
DE CADASTRO DE CONSUMIDOR

FLORIANÓPOLIS, SC
2013

LUIZA CESAR PORTELLA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA COMPRA E VENDA NÃO AUTORIZADA
DE CADASTRO DE CONSUMIDOR**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Me. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS, SC

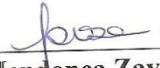
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

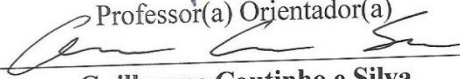
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Responsabilidade Civil pela Compra e Venda não Autorizada de Cadastro de Consumidor**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Luiza Cesar Portella**, defendida em **05/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e cinco), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

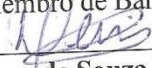
Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Guilherme Coutinho e Silva
Membro de Banca



Guilherme de Souza Demaria
Membro de Banca

Ao meu Vô Julio, que sempre acreditou em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, com imenso carinho, a minha querida orientadora Professora Leilane, que não apenas nesse momento, mas durante toda a faculdade compartilhou ensinamentos jurídicos e humanos que levarei para toda a vida.

Também sou grata ao meu primo Roberto, que no meio de seu vasto conhecimento (sobre tudo) me deu uma luz quando o trabalho beirava o insucesso.

E finalmente, agradeço minha família, que em todos os momentos difíceis e tumultuosos durante a elaboração desse trabalho ficaram ao meu lado e me deram os meios para continuar.

RESUMO

O presente trabalho dispõe acerca da responsabilidade que recai sobre o fornecedor em razão da comercialização indevida dos cadastros de consumidores. A pesquisa revela que o cadastro é formado por dados concedidos ao fornecedor em caráter sigiloso, tomando por base os princípios da boa-fé e da confiança, a fim de satisfazer uma necessidade própria. Ele difere dos bancos de dados, que refletem a capacidade do cidadão em honrar com seus compromissos financeiros. A partir de conceitos teóricos, alcança-se o argumento de que a quebra desses princípios – além dos direitos à privacidade e ao sigilo – enseja a reparação dos danos moral e patrimonial causados ao consumidor pela transação indiscriminada de suas informações. Para defender esse raciocínio, buscam-se normas já existentes que, de certa forma, protegem os dados, uma vez que considera ilegítimos aqueles sem fonte expressa. Por fim apresentam-se os meios processuais aptos a garantir a devida indenização. Para tanto se defende a facilidade do acesso à justiça e a inversão do ônus da prova concedendo ao consumidor a possibilidade de efetiva sua pretensão.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Cadastro do Consumidor. Pretensão indenizatória.

LISTA DE ABREVIATURAS

Bacen	Banco Central do Brasil
CC	Código Civil
CDC	Código de defesa do consumidor
CPC	Código de Processo Civil
KYC	Know Your Customer
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	11
1.1 CARACTERIZAÇÃO DO CONSUMIDOR	12
1.1.1 Consumidor equiparado	14
1.2 CARACTERIZAÇÃO DO FORNECEDOR E DE AGENTES RESPONSÁVEIS.....	16
1.2.1 Cadeia de fornecimento	18
1.2.2 Fornecedor Equiparado.....	19
1.3 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	20
1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL	21
1.4.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	22
1.4.2 Teoria do Risco	25
1.4.3 Excludentes de responsabilidade.....	26
1.4.4 Dano moral e material	28
2 CADASTRO DE CONSUMIDOR	31
2.1 DIFERENCIAÇÃO DE BANCO DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDOR.....	31
2.2 DIREITO À PRIVACIDADE E AO SIGILO.....	33
2.3 ABUSIVIDADE	36
2.4 DIREITO DE ACESSO.....	38
2.5 NORMATIZAÇÕES	40
2.5.1 Know Your Customer	41
2.5.2 Resolução número 2.025 do Banco Central do Brasil.....	43
2.5.3 Diretiva 95/46/CE da União Europeia.....	45

2.5.4	Coleta e manuseio dos dados pessoais do consumidor.....	48
3	AÇÕES REPARATÓRIAS.....	50
3.1	ACESSO À JUSTIÇA	50
3.2	HIPOSSUFICIÊNCIA X VULNERABILIDADE	52
3.3	CABIMENTO DA AÇÃO DE REPARAÇÃO.....	56
3.4	INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	59
3.4.1	Momento da inversão	63
3.5	PRAZO PRESCRICIONAL NO CDC.....	64
4	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

Desde 1988, o consumidor recebeu atenção – e proteção – especial ao ser incluída a sua defesa no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal, nos seguintes termos: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Logo em 1990, foi sancionada a lei n. 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. Nele estão presentes diversos dispositivos que visam à assistência do consumidor e impõe regras a serem seguidas no mercado. No entanto, a realidade consumerista evoluiu e o mesmo deve ocorrer com a sua defesa.

Dessa forma, busca-se a concretização de mais uma proteção, agora de uma prática que, apesar de difícil de provar, se mostra extremamente lesiva ao consumidor: a compra e a venda de seu cadastro.

Para tanto se pretende explicar nos próximos três capítulos os conceitos básicos para o início de um estudo com o objetivo de responsabilizar aqueles que lucram com a compra e a venda não autorizada de dados de consumidores fornecidos, em caráter sigiloso, quando do preenchimento de seu cadastro.

Nesse sentido, o primeiro capítulo buscará a conceituação de consumidor – trazendo à tona a figura do consumidor equiparado – e de fornecedor, a demonstração de que o cadastro de consumidores faz parte de uma relação de consumo, assim como a avaliação da responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo do cadastro de consumidor; seu conceito, a diferenciação em relação ao banco de dados, o direito ao sigilo e à privacidade intrínsecos a ele, bem como o direito de acesso. Ademais, almeja-se analisar normas já existentes que de alguma maneira protegem as informações do cidadão.

Por fim, pretende-se explorar as formas de reparação cabíveis ao consumidor por meio da pretensão de dano moral e material, a aplicação do prazo prescricional previsto no CDC, por se tratar de uma relação de consumo, e a imposição da inversão do ônus da prova, frente à dificuldade de produção de prova e da hipossuficiência consumerista.

Assim, buscar-se-á, com esse trabalho, instigar a ampliação da defesa ao consumidor por meio de novos recursos em contrapartida aos novos atentados que precisa encarar.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR¹

Como já enunciado, o consumidor passou a receber maior atenção – e proteção – com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual está proclamado que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Ao ser inserida no artigo 5º, a defesa do consumidor adotou caráter de direito fundamental. Isso significa, nas palavras de José Afonso da Silva (2009, p. 178), que “[...] *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.” Continua, dizendo que por ser fundamental, significa que o ser humano não pode viver sem ela.

Ao ser taxada como direito fundamental, assume características intrínsecas a eles, como inalienabilidade², imprescritibilidade³ e irrenunciabilidade⁴. Ainda concede ao consumidor o *status* de titular de um direito constitucional fundamental, o que ressalta a grande importância que representa (DA SILVA, 2009). Aliado a esse dispositivo, está o artigo 170, inciso V que inclui a defesa do consumidor nos princípios da ordem econômica.

Em 1990, foi sancionada a lei n. 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. Esta, como demonstrado, tem origem constitucional, versando sobre direitos fundamentais. Apesar de não ter sido formulada no prazo de 120 dias imposto ao congresso pelas Disposições Constitucionais Transitórias, representou grande avanço na legislação nacional (BENJAMIN, 2011). Nele estão presentes diversos dispositivos que visam à assistência do consumidor e impõe regras a serem seguidas no mercado. Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 10) ensina que o CDC “[...] destina-se a efetivar, no plano infraconstitucional, princípios constitucionais [...]”.

¹ Por razão de facilidade e por já sedimentado, utilizar-se-á a sigla CDC no decorrer do trabalho para se referir ao Código de Defesa do Consumidor.

² José Afonso da Silva (2009) aduz que a inalienabilidade refere-se ao fato desses direitos serem intransferíveis, inegociáveis por não possuírem conteúdo econômico-patrimonial.

³ A irrenunciabilidade, de acordo com José Afonso (2009) significa que nunca deixará de ser exigível. São sempre exercíveis e exercidos.

⁴ Ainda segundo da Silva (2009) a irrenunciabilidade consiste na proibição da renúncia a direitos fundamentais. Eles podem não ser exercidos, mas nunca renunciados.

1.1 CARACTERIZAÇÃO DO CONSUMIDOR

O Código apresenta, no artigo 2º, seu conceito de consumidor como: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Grinover et. al. (2005), em seus comentários ao diploma, alertam que o conceito adotado pela legislação é de caráter exclusivamente econômico, ou seja, representa o indivíduo que adquire bens ou serviços como destinatário final. Dessa forma, ele compra para satisfazer a própria necessidade, e não para o desenvolvimento de outra atividade. Vale ressaltar, que a codificação brasileira não difere a pessoa natural da jurídica para os fins de inclusão no conceito.

Destaca-se que a definição trazida pelo Código causou, desde o início, discussões acerca da extensão de sua proteção (PASQUALOTTO, 2011a). Essa celeuma, no entanto, mesmo passados vinte e três anos da sua promulgação, continua atual. Pasqualotto (2011a, p. 902) afirma que “trata-se da definição de relação jurídica de consumo e, por conseguinte, da delimitação do campo de aplicação da lei.”

Em razão disso, surgiram duas correntes que pretendem explicar o conceito de consumidor: a maximalista (objetiva) e a finalista (subjetiva), tendo esta sofrido um abrandamento que resultou na teoria finalista mitigada.

A primeira, de acordo com Giancoli e Araujo Junior (2009), considera consumidor qualquer pessoa – física ou jurídica – que consome bens ou serviços como destinatário final, independentemente do uso que fará, seja profissional, seja pessoal. Segundo os autores, basta que não haja reutilização ou transferência do produto, ou seja, procura abarcar o maior número possível de relações. Acrescenta Cavalieri Filho (2011, p. 60) que para ser considerado consumidor, com base nessa teoria, é necessária a realização de um ato de consumo, que o adquirente seja o “[...] *destinatário fático* do bem ou do serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.”

Dessa forma, tem-se que para a teoria maximalista, não importa se o consumo visa ou não ao lucro, se responde a necessidades pessoais ou

profissionais, desde que não dê continuidade a cadeia produtiva. O autor ensina que não é necessário demonstrar a vulnerabilidade técnica, jurídica ou socioeconômica para que seja identificado o consumidor. Por fim, na visão maximalista, admite-se que o CDC é um código geral de consumo (GRINOVER et. al., 2005).

Já a finalista, enxerga o consumidor de forma restrita, classifica-o como “[...] aquele que adquire o bem para utilizá-lo em proveito próprio satisfazendo sua necessidade pessoal e não para revenda ou então para acrescentá-lo à cadeia produtiva.” (GRINOVER et. al., 2005). Exclui, portanto, qualquer uso profissional do conceito. Claudia Lima Marques (2010), em seu comentário ao CDC, expõe que na interpretação finalista o diploma consumerista protegeria apenas o grupo da sociedade que é mais vulnerável, considera que dessa forma, restringindo o campo de proteção, esta seria mais eficaz aos que realmente dela necessitam.

Por fim, a teoria finalista mitiga parte da ideia de hipossuficiência, vulnerabilidade econômica, jurídica e técnica para a definição do consumidor. Dessa forma, ela diferencia o consumidor do não consumidor pela sua fragilidade na relação, e não se atenta ao fato de ele utilizar o bem ou o serviço adquirido na sua cadeia de produção.

Cavaliere Filho (2011) exemplifica a partir do caso do advogado recém-formado que abre um pequeno escritório e adquire livros para a atuação profissional. Se ele comprar de uma grande editora, será considerado consumidor.

Tem-se, portanto, que o consumidor é figura pautada pela vulnerabilidade, prevista no artigo 4º, inciso I do CDC⁵. Esta pode ser, como ensina Claudia Lima Marques (2002), técnica, jurídica ou fática.

⁵ Art. 4º 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 da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.[...]

1.1.1 Consumidor equiparado

Consumidor equiparado consiste no terceiro que não se enquadra no sentido jurídico de consumidor, mas que “[...] estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados.” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 69).

O CDC decidiu alargar o leque de proteção para abarcar essas pessoas que, apesar de não estarem intimamente ligadas à relação de consumo, podem se ferir pela atividade de um fornecedor. Claudia Lima Marques (2010) atenta que o consumidor equiparado – que pode ser uma pessoa física, um grupo ou um profissional – pode interferir nas relações de consumo colocando-se em estado de vulnerabilidade. Salaria que mesmo não se enquadrando no sentido jurídico do conceito, as características preponderantes do fornecedor e a vulnerabilidade estão presentes nessa relação.

Pasqualotto (2011a), por sua vez, inicia seus estudos sobre consumidor equiparado com o entendimento de que quem é equiparado não é igual. Ele ressalta que mesmo sendo amparado pela lei, o consumidor equiparado não é propriamente um consumidor. É igualado, no entanto, pela tutela a que lhe é concedida.

Esse abrandamento do conceito tem suporte no parágrafo único do artigo 2^o e nos artigos 17⁷ e 29⁸ do diploma. Todos eles baseiam-se, segundo Cavalieri Filho (2011) na vulnerabilidade dessas pessoas frente à força dos fornecedores.

Parte-se agora ao estudo de cada uma dessas normas de extensão. O parágrafo único do artigo 2^o trata da coletividade de pessoas. Não há necessidade de essas pessoas serem determináveis, basta que elas tenham intervindo nas relações de consumo. Claudia Lima Marques (2010) ressalta que elas não precisam necessariamente ter feito parte da relação de consumo,

⁶ Art. 2^o Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁷ Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

⁸ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

basta que tenham se apresentado à absorção de bens ou serviços ou à relação. Grinover faz referência ao posicionamento de Waldírio Bulgarelli, no mesmo sentido, quando o professor afirma que a relação entre o consumidor equiparado e o fornecedor pode ser atual ou potencial, ou seja, não é necessário que ela tenha se concretizado. (GRINOVER et. al., 2005). Cavaliere (2011) ensina que essa é uma norma interpretadora e, portanto, deve ser aplicada a todos os capítulos do CDC.

José Geraldo Filomeno (2005) dita que o parágrafo único mira a universalidade, o conjunto de consumidores, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles. Afirma que dessa forma é possível prevenir potenciais danos, protegendo, mesmo que de forma abstrata, a referida universalidade e categorias de potenciais consumidores. Ressalta-se que o Código destacou os direitos difusos em seu artigo 81, *in verbis*

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No artigo 17 trata-se das vítimas do acidente de consumo. Buscou-se ampliar o leque dos protegidos pelo fato do produto e do serviço (tratado nos artigos 12 a 14). Não obstante, esse dispositivo restringe a proteção àqueles atingidos pelo fato do produto ou do serviço.

O fato do produto ou do serviço se caracteriza pelos danos “[...] causados em razão de defeito na concepção ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo [...]” (MARQUES, 2010, p. 379). Isso significa que se o fornecedor não garantir a segurança que o consumidor legitimamente pretende encontrar, ele deverá indenizá-lo.

Para, no entanto, ser protegida pela norma, a vítima deve estar envolvida na cadeia de consumo da qual resulte o dano (CAVALIERI FILHO, 2011). Esse artigo acentua a responsabilidade extracontratual inerente à proteção consumerista.

Por fim, o artigo 29 regula o consumidor equiparado no que tange as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais. Ele é aplicado aos artigos 30 ao 54 do CDC. Esse dispositivo representa outra regra excepcionadora da abrangência original do código, aumentando a sua incidência para além da relação de consumo. Cavalieri destaca as palavras de Maria Antonieta Z. Donato “o art. 29, como já mencionado, possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando, para nessa categoria subsumir-se, a simples exposição do consumidor àquelas práticas.” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 71).

Dessa forma, para ser abraçado pelo artigo 29 não é necessário que o atingido seja parte da relação de consumo⁹ ou ter sido atingida pelo evento danoso¹⁰, basta que ele seja exposto às práticas de consumo.

Percebe-se, portanto, que o legislador, ao redigir o CDC buscou proteger da forma mais ampla possível aquele que representa o lado frágil da cadeia de consumo, seja ele consumidor direto ou não.

1.2 CARACTERIZAÇÃO DO FORNECEDOR E DE AGENTES RESPONSÁVEIS

Mais uma vez se faz forçoso delimitar os conceitos básicos determinantes da relação de consumo. Nesse momento é imperativo bem caracterizar fornecedor na ótica do CDC. Essa importância deriva da necessidade de estabelecer as situações de incidência do código, o que é feita a partir da relação de consumo (BESSA, 2011a).

Da mesma forma que o fez com o consumidor, o diploma consumerista conceituou, para os seus fins de proteção, o fornecedor. Consta do artigo 3º

⁹ O que ocorre na ampliação presente no parágrafo único do artigo 2º.

¹⁰ Requisito necessário para a inclusão na proteção do artigo 17.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

No entanto, novamente o fez de maneira ampla, cabendo à doutrina delimitar o conceito para a efetiva proteção do consumidor. Cavalieri Filho (2011) afirma que essa definição traz fornecedor como gênero, tanto no que diz respeito ao sujeito, quanto na atividade que desenvolve.

O termo abrange toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, podendo ainda não ter personalidade jurídica, desde que esteja de alguma forma envolvida em alguma das etapas do processo produtivo do produto que chegará ao consumidor de forma habitual.

Conforme ensina José Geraldo B. Filomeno (2005, p. 43), o fornecedor é “[...] o responsável pela colocação de produtos e serviços à disposição do consumidor.” Continua doutrinando que todo aquele que propicie a oferta de bens ou serviços no mercado de consumo, independente a que título o faz.

Dessa forma, tem-se que o fornecedor será qualquer pessoa física, desde que o faça de forma habitual; o Poder Público (atuando diretamente ou por meio de suas empresas públicas ou concessionárias); a pessoa nacional ou estrangeira; os entes despersonalizados – não têm personalidade seja no âmbito civil ou mercantil – desde que exerçam atividades produtivas, como a massa falida, o espólio, ou até uma empresa ainda não registrada na Junta Comercial.

No que tange as atividades de fornecimento de produtos descritas pelo dispositivo, são apresentadas a produção, a montagem, a criação, a construção, a transformação, a importação, a exportação, a distribuição e a comercialização. A lista é tão abrangente, tendo em vista que o fato ou o vício do produto pode ocorrer em qualquer das etapas da produção, concepção e informação acerca do produto.

Já na esfera do fornecimento do serviço, a lei impõe apenas o requisito de desenvolver atividades de prestação de serviços. Dessa forma, a doutrina entende que basta que a prestação seja frequente, habitual, não havendo

necessidade de o prestador ser profissional ou deter os bens utilizados para realizar o serviço (MARQUES, 2010).

O que se salienta, portanto, são as ideias de atividade profissional, habitual e com finalidade econômica. Destaca-se, contudo, que a remuneração pode ser direta ou indireta (CAVALIERI FILHO, 2011). Leonardo Bessa (2011a) salienta ainda que não é necessária a obtenção ou repartição de lucro, bastando que a atividade seja remunerada. Percebe-se que pouco importa o caráter formal da relação, desde que atenda aos requisitos dispostos no artigo.

No mesmo sentido, fica excluída a relação entre dois consumidores. Os negócios firmados entre pessoas, em que pelo menos uma delas não se caracterize como fornecedor, será regida pelo Código Civil, tendo em vista que não há vulnerabilidade a se defender. Por essa razão não cabe implicar direitos e deveres desproporcionais entre agentes similares. Percebe-se, portanto, que é possível existir relação de negócio que não se enquadram nos parâmetros do CDC.

1.2.1 Cadeia de fornecimento

Ao se falar em fornecedor, deve-se ter em mente todos aqueles envolvidos no processo de produção, distribuição, comercialização do produto ou do serviço, e não apenas o último agente da cadeia – o fornecedor direto. Todos os envolvidos serão responsáveis, e de forma solidária. Assim, dispõe o parágrafo único do artigo 7º do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

No mesmo sentido o artigo 12 do diploma consumerista ressalta a pluralidade de responsáveis pelo fato do produto, o artigo 13, parágrafo único destaca a solidariedade entre eles, prevendo o direito de regresso àquele que ressarcir o consumidor. Por sua vez, o artigo 14, ao tratar da responsabilidade pelo vício do serviço, refere-se de forma genérica, motivo pelo qual a doutrina incorpora toda a cadeia à lista dos responsáveis.

Claudia Lima Marques (2002) salienta que todos aqueles que participam do esforço econômico para a colocação de um produto ou serviço no mercado é considerado fornecedor. Ao impulsionar de alguma forma a cadeia produtiva,

seja do produto ou do serviço, o agente torna-se fornecedor e responsável solidário por qualquer fato ou vício percebido pelo consumidor.

É importante ressaltar, por fim, que todos os contratos conexos ao principal fazem parte da cadeia de fornecimento e respondem, portanto, de forma solidaria. Logo, não cabe analisar se esse fornecedor tem relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual com o consumidor. É o que Lima Marques (2002) chama de conexidade. Esta consiste na “multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário” (MARQUES, 2002, p. 340) e deriva, principalmente, da especialização das tarefas produtivas, da formação de redes de fornecedores.

1.2.2 Fornecedor Equiparado

Em diversos momentos, o CDC foca com mais ênfase a atividade do mercado do que a pessoa que a desenvolve. Por esse motivo que Leonardo Roscoe Bessa (2011a) desenvolveu o conceito de fornecedor equiparado. Funda seu argumento, na larga abrangência do código consumerista ao tratar de fornecedor e na vulnerabilidade do consumidor.

Parte da premissa de que não é possível restringir o conceito àquele descrito no artigo 3º do CDC. Defende que é preciso vislumbrar a atividade desenvolvida e se ela apresenta potencial ofensivo aos direitos materiais do consumidor.

O autor defende que o consumidor deve ser conceituado a partir das circunstâncias que o coloquem em situação de submissão ou de desigualdade em contraponto ao fornecedor. Ressalta que em certas ocasiões, o diploma se concentra nas atividades realizadas, deixando em segundo planos os conceitos de fornecedor e consumidor.

O fornecedor equiparado surge quando a Lei 8.078/1990 elenca deveres específicos, conteúdos pormenorizados que devem ser observados, sem se preocupar, necessariamente, com quem os cumpre. Essas atividades devem, portanto, se sujeitar ao CDC. Bessa frisa que “o foco foi regular, instituir deveres e direitos, e não identificar explicitamente quem a exercer.” (BESSA 2011a, p. 1025).

Aponta, ainda, que algumas atividades tem tamanho potencial ofensivo que mesmo inexistindo aquisição do produto ou do serviço pode ser observada a lesão. Isso ocorre com o manejo incorreto das informações dos bancos de dados e dos cadastros de consumidores. Nesses casos, não importa que a atividade não tenha sido remunerada, uma vez que o artigo 43 do CDC não aponta a remuneração como pressuposto para a sua aplicação.

Entende-se, portanto, que nessas situações, não é preciso observar todos os requisitos do artigo 3º para se caracterizar o fornecedor. Este será “[...] quem exerce a atividade especificamente regulada e não mais de modo genérico como aquele que atua profissionalmente (mediante remuneração) no mercado de consumo.” (BESSA, 2011a, p. 1029). Recorre-se à ideia de fornecedor equiparado para buscar maior proteção ao consumidor.

1.3 CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A relação de consumo é classicamente definida a partir de elementos subjetivos (consumidor e fornecedor), objetivos (produto e serviço), e teleológico (destinação final). Bessa (2011a) destaca que de acordo com Nelson Nery Júnior, contudo, ela não se limita a um contrato, a um ato de consumo ou a um negócio jurídico: é muito mais ampla.

José Geraldo Filomeno (2005) destaca que a relação de consumo visa a satisfazer uma necessidade privada do consumidor. Tendo em vista que ele não pode suprir suas demandas deve recorrer aos bens e serviços disponíveis no mercado de consumo lá colocados pelos detentores do controle da produção.

Nesse sentido que se tenta tecer o entendimento de que não se faz necessária a realização de um contrato para que se trave a relação de consumo e, então, se caracterize a responsabilidade do fornecedor.

Adalberto Pasqualotto (2011b) ressalta que a legislação vem protegendo, além do consumidor descrito na legislação, a figura do *bystanders*. Este consiste no agente que, apesar de não ter adquirido ou utilizado produto ou serviço é suscetível aos danos (no sentido amplo) causados pelos fornecedores. Aponta também que as relações de consumo devem ser vistas a

partir da sua função econômico-social, e não apenas sob a ótica contratual, que a responsabilidade deriva do delito, e não do contrato.

No mesmo sentido ensinam Giancoli e Araujo Junior (2009). Eles defendem que a relação de consumo pode ser efetiva ou presumida. A primeira se caracteriza com a efetiva transação entre os agentes da relação, enquanto a segunda se dá com a simples oferta ou publicidade inserida no mercado de consumo.

Dessa forma, busca-se ampliar o entendimento de relação de consumo a fim de responsabilizar os fornecedores pelos dados obtidos junto ao consumidor, mesmo sendo os atores sejam consumidor e fornecedor apenas em potencial. Entende-se que a relação de confiança travada entre o consumidor e o fornecedor a partir da troca de informações pessoais instiga a concretização da relação de consumo, uma vez que naquele momento se enxergam os pontos que a formam: consumidor (com sua típica vulnerabilidade), fornecedor, disponibilização de produtos ou serviços no mercado (mesmo que não adquiridos), e a posição do consumidor como potencial destinatário final.

1.4 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil consiste na reparação de dano – material ou moral – causado por terceiro a partir da infração de uma norma jurídica. (FUJITA, 2007). Ela deriva do descumprimento de uma obrigação contratual ou extracontratual, caracterizando-se como um dever jurídico sucessivo, enquanto a obrigação apresenta-se como o dever originário (STOCO, 2011). Fundamentado nos ensinamentos de Savatier, Gaburri (2007) ressalta que a responsabilidade pode derivar, além de fato próprio, de fatos de pessoas ou coisas vinculadas para esse fim ao responsável.

Contudo, nem sempre foi assim. Rui Stoco (2011) afirma, pautado na doutrina de Judith Martins-Costa, que inicialmente a responsabilidade refletia a confirmação do devedor de possuir uma dívida em face do credor, transparecendo a ideia de garantia e não de culpa.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) afirma que ela decorre da violação de um dever jurídico. Sergio Cavalieri Filho (2010, p. 01), por sua vez, define

dever jurídico como “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”. Continua ensinando que a imposição de deveres jurídicos acarreta a criação de obrigações que devem ser observadas indistintamente. Os autores concordam em atrelar a responsabilidade à obrigação.

A consequência da responsabilidade é a indenização dos danos causados a partir do ato ilícito. O artigo 389 do Código Civil explicita a relação acima exposta ao determinar que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos [...]”. O artigo 927 do mesmo diploma estipula que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” A partir da inteligência desses dois dispositivos, percebe-se que a lei já definiu o resultado da desobediência ao dever jurídico: indenizar.

É preciso ressaltar que apenas o ato ilícito que gera danos que enseja a indenização, uma vez que os atos lícitos não levam a responsabilidade nem a realização de um ato ilícito que não tenha causado prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2010).

Tem-se, portanto, que o elemento fundante da responsabilidade constitui o dano. Sem ele não há que se falar em reparação. Em seguida destaca-se o nexos causal como fundamento caracterizador da responsabilidade. Por fim, lembra-se que a culpa pode, ou não, fazer parte desse conceito, distinguindo então a responsabilidade subjetiva da objetiva.

1.4.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Muito se vincula culpa e ato ilícito. Contudo, é preciso estabelecer que a culpa consiste no elemento subjetivo da responsabilidade civil, enquanto o ato ilícito é o elemento objetivo, presente em todo e qualquer caso de responsabilidade. Cavalieri Filho (2010) aponta que a culpa, junto com o dano e o nexos de causalidade são os elementos da responsabilidade subjetiva. No caso da responsabilidade objetiva exclui-se a culpa para elencar seus requisitos. Rui Stoco cita Louis Josserand (2011, p. 133), o qual vislumbra a

[...] exigência de repartição dos prejuízos causados, priorizando o equilíbrio de direitos e interesses, de modo que a 'responsabilidade', em uma visão mais expandida, comportaria dois aspectos: o objetivo, onde se escora o risco criado; e o subjetivo, onde prevalece a culpa.

O ato ilícito é aquele contrário ao direito, independente da sua reprovabilidade, enquanto a culpa relaciona-se, justamente, com a censura imputável ao ato realizado.

A grande cláusula geral da responsabilidade subjetiva advém da cominação dos artigos 186¹¹ e 927¹² do Código Civil. Nessa espécie de responsabilidade é essencial a presença da culpa, além do dano e do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o resultado. Cavalieri Filho (2010) doutrina que nessa espécie de responsabilidade a vítima só será ressarcida caso prove a real culpa do agente. Adverte que ao abordar a culpa deve ser analisada tanto a culpa *stricto sensu* quanto o dolo.

Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, citado por Salim, (2005, p. 101) “A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima.” Continua o douto autor ensinando que

[...] a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Já na responsabilidade objetiva não se discute a culpa. Basta provar a ação ou a omissão do agente, o dano causado e o nexo de causalidade que os relacione. Ela surgiu a partir da evolução social, da multiplicação das oportunidades e das causas de danos quando a responsabilidade subjetiva não mais abarcava todos os casos de reparação e mostrava-se insuficiente (STOCO, 2011).

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O artigo 927, parágrafo único¹³ apresenta duas situações em que é possível que a responsabilidade seja objetiva: na primeira parte concede à lei o ônus de definir quais casos serão de responsabilidade; já na segunda, prevê uma cláusula geral da responsabilidade objetiva. Nesse caso aplica-se a teoria do risco, explicada a seguir. Observa-se, a partir dos ensinamentos de Rui Stoco (2011) que o dispositivo não impõe nem ao menos a ilicitude do ato, bastando que ele cause riscos para os direitos de outrem e, eventualmente, ocasione o dano.

A responsabilidade aplicada no Código de Defesa do Consumidor é a objetiva. O artigo 12 deixa muito claro que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador responderão independentemente de culpa pelo fato do produto, enquanto o artigo 14 faz a mesma referência ao fornecedor em caso de fato do serviço. Esse dispositivo, contudo, traz no parágrafo 4º o único caso em que se aplica a responsabilidade subjetiva no CDC: a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais.

É importante salientar que o artigo 13¹⁴ designa ao comerciante a responsabilidade subsidiária nos casos dos incisos. A subsidiariedade, contudo, não exclui a responsabilidade objetiva. No mesmo sentido segue a Seção III do diploma consumerista ao tratar da responsabilidade por vício do produto ou do serviço.

Cavaliere Filho (2010) defende, com base na magnitude das relações de consumo, a responsabilidade tradicional não se mostra mais suficiente para amparar o consumidor. Por isso, a evolução no estudo da responsabilidade civil chegou à teoria do risco, analisada a seguir.

¹³ Art. 927, parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁴ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

1.4.2 Teoria do Risco

A teoria do risco surgiu, de acordo com Gonçalves (2011), para proteger as vítimas dos danos nas hipóteses em que a teoria da culpa e suas concepções tradicionais não eram suficientes. Rui Stoco (2011), usando das palavras de Eugênio Facchini Neto, atesta que a responsabilidade subjetiva cumpriu seu papel de forma satisfatória até o final do século XIX, momento em que a Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na vida social quebraram esse equilíbrio.

O autor adverte que inicialmente adotava-se a teoria da culpa presumida como meio técnico para tentar desassociar a culpa da responsabilidade civil. Essa doutrina considerava que a culpa continuava sendo requisito indispensável à reparação, no entanto, ela era presumida para garantir a justa indenização. Apenas mais tarde quando a doutrina objetiva já estava bem consolidada que se abandonou qualquer vinculação à culpa e adotou-se a teoria do risco.

Nos casos em que a responsabilidade subjetiva não é suficiente ela torna-se objetiva fundada no perigo da atividade exercida, no risco que ela apresenta para a sociedade. Por esse motivo, o agente que a exerce assume esse risco e dispõe-se a ressarcir os danos que resultem da atividade. Aqui não se discute a imputabilidade ou a antijuridicidade do ato danoso, basta que o evento tenha ocorrido e que dele tenha se originado um dano (STOCO, 2011).

Parte-se do princípio da equidade, ou seja, “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.” (GONCALVES, 2011, p. 28), deve responder pelos danos causados. Concorde Caio Mario, citado por Rui Stoco (2011), ao determinar que aquele que põe em funcionamento atividade deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados por ela, independentemente de o dano ser devido à imprudência, à negligência, ao erro de conduta. Dessa forma ele configura a teoria do risco criado.

Dentro da teoria do risco foram desenvolvidas três hipóteses de cabimento: risco proveito, risco criado e risco integral. Na primeira, o responsável é aquele que tira proveito da atividade que causou o dano, a segunda responsabiliza quem criou o risco, enquanto a terceira entende que a

responsabilidade decorre da própria atividade, independente de o responsável ter ou não causado o dano, ou seja, não admite excludentes de responsabilidade (SALIM, 2005).

A teoria do risco integral foi a primeira a ser desenvolvida. Tem como percussores os autores franceses Venezian e Cremieu (LIMA, 1998). Seus defensores sustentavam que o autor deveria ser responsabilizado por todo e qualquer ato do qual seja a causa material. Defendia-se a socialização do direito, Alvino Lima (1998, p. 117) destaca, ao tratar do tema, que

A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral, verificando-se se o agente agiu bem ou mal, consciente ou inconscientemente, com ou sem diligência; acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando estes interesses, e neles se baseando, que se determinará ou não a necessidade de reparação.

Essa vertente, contudo, mostrou-se largamente radical, recebendo por isso diversas críticas e poucos adeptos.

O risco criado foi a teoria que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade objetiva. A teoria, originalmente proposta por Saleilles, coloca o encargo pelos riscos disseminados naqueles que o criam, que colhem o proveito da atividade (LIMA, 2008).

A teoria adotada pelo CDC é a do risco criado, tendo em vista que ele responsabiliza todos os agentes da cadeia produtiva, ou seja, aqueles que de alguma forma criaram o risco, permitiram que ele ocorresse.

1.4.3 Excludentes de responsabilidade

As excludentes caracterizam-se por situações que excluem a responsabilidade pelo dano causado. A regra do direito civil aponta ao caso fortuito, à força maior, ao fato exclusivo de terceiro e ao fato exclusivo da vítima. O CDC, contudo, exprime casuísticas específicas, tais quais a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹⁵.

¹⁵ Artigo 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor.

Rui Stoco (2011) ao citar o Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin aponta que a responsabilidade objetiva adotada pelo CDC não é absoluta. O autor ressalta, porém, que para que as hipóteses de exoneração da responsabilidade sejam aplicadas é fundamental que o interessado prove a sua ocorrência, ou seja, o ônus *probandi* é do fornecedor.

Contudo, vale lembrar que a maior defesa na responsabilidade objetiva é a ausência do nexo de causalidade entre a ação e o dano, o que será analisado a seguir (STOCO, 2011).

1.4.3.1 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade ganhou grande importância a partir do fortalecimento da responsabilidade objetiva, tendo em vista que a sua inexistência consiste na principal defesa do autor do dano. Ele constitui o liame necessário entre a causa – o ato ilícito – e o efeito danoso.

É analisado, de acordo com Sérgio Cavalieri (2010), a partir da teoria da causalidade adequada. Segundo essa doutrina a causa é o acontecimento antecedente necessário e adequado à produção do resultado. Considera que apenas a causa mais adequada ao advento daquele resultado que será a relevante, ou seja, pondera a relevância das condições observadas.

Para averiguar a causa determinante é preciso analisar cada caso concreto. Cavalieri (2010) destaca que Antunes Varela estipulou que a causa do dano será adequada quando o fato for *conditio sine qua non* tanto em concreto quanto em abstrato. Ou seja, é preciso que a lógica padrão leve àquele resultado, independente da consequência concreta.

A doutrina fundamenta no artigo 403 do CC¹⁶, apesar de não haver previsão expressa do nexo causal. Outra corrente, contudo, entende que esse dispositivo reflete a teoria da causalidade direta ou imediata. Esta defende que a causa jurídica é apenas o “[...] evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva.” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 52).

¹⁶ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Nesse ponto é fundamental analisar a teoria da causalidade alternativa. Esta é aplicada quando a comprovação da *conditio sine qua non* mostra-se extremamente difícil. Ela pressupõe a inversão do ônus da causalidade e faz com que o causador do prejuízo seja responsável por provar que não deu causa ao dano.

No direito brasileiro ela é pouco aplicada. Propõe-se, contudo, em face da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor a sua aplicação na área consumerista. Por vezes a comprovação de certo nexos beira a impossibilidade. Tal dificuldade, no entanto, não pode ser empecilho à concretude de suas garantias.

Entende-se que a inexistência do defeito e a não colocação do produto no mercado refletem a quebra do nexos de causalidade. Elas são excludentes específicas da responsabilidade do fornecedor e por isso devem ser tratadas com muita cautela, tendo em vista que eximem a reparação do dano ao consumidor.

Dessa forma, é essencial afrouxar a comprovação do nexos de causalidade a fim de ver justo e bem reparado o prejuízo sofrido pelo consumidor.

1.4.4 Dano moral e material

Entende-se por dano material aquele relacionado diretamente ao patrimônio da vítima. A ele é aplicada a teoria da reparação integral, a qual impõe a indenização total do dano, retornando a vítima ao *status quo ante*, sendo apenas substituída pelo equivalente em moeda quando não for possível tal desiderato (GONÇALVES, 2011). Cavalieri Filho (2010, p. 73) explica que o dano patrimonial “[...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente.”, ou seja, relaciona à ideia de prejuízo monetário.

O dano patrimonial se divide em duas espécies previstas no artigo 402 do diploma civilista: dano emergente e lucro cessante. O primeiro reflete a perda efetiva e imediata do patrimônio em razão do ato ilícito; enquanto o segundo, o que se deixou de ganhar, é a consequência futura de um fato já ocorrido (CAVALIERI FILHO, 2010).

Essa espécie de dano, como visto, é facilmente apurada a partir da análise da redução dos bens da vítima. Ela reflete uma ideia clássica de reparação e acompanha o direito brasileiro há muito.

Por sua vez, o dano moral foi positivado recentemente, não obstante, ganhou *status* de direito fundamental ao ser inserido no rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incisos V e X. Ele consiste na lesão de um bem que integra os direitos da personalidade (GONÇALVES, 2011). Cavalieri Filho (2010) identifica o dano moral em sentido estrito como aquele consistente na violação do direito à dignidade. Continua destacando que derivando da dignidade também justificam o dano moral a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem.

Em seguida, o autor anota que o dano moral também pode estar vinculado a uma reação psíquica da vítima, sem contudo se restringir à ela. Ou seja,

Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame, sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. (CAVALIERI FILHO, 2011, p, 82).

Vale ressaltar que o dano moral não protege qualquer dissabor¹⁷, mas a dor, humilhação, desconforto, sofrimento de tamanha monta que abale de forma verdadeira a vítima.

Stoco destaca que Roberto Norris defende que a responsabilidade consiste em um instrumento de compensação do dano que visa, não apenas levar à vítima a um estado de justiça, mas também desestimular a reprodução da conduta danosa em momento posterior. Essa ideia difunde-se em larga escala quando se trata de dano moral. E continua o autor citado agora ressaltando o posicionamento de Fachin, para o qual não existe a pretensão de indenizar o dano propriamente – por sua natureza ser de difícil quantificação – mas sim de compensá-lo com o anseio de possuir caráter de sanção ao ofensor. (STOCO, 2011).

¹⁷ Nesse momento aproveita-se para fazer uma brevíssima crítica à indústria do dano. Muitos buscam burlar a intenção do legislador e lucrar com os adventos danosos. Tornam qualquer infortúnio em ação judicial, tumultuando o – já tumultuado – judiciário e buscando recompensas indevidas.

Pelo exposto, observa-se que em inúmeras situações o consumidor se depara com atitudes dos fornecedores que lhe causam danos, sejam os fatos e vícios do produto, já brevemente discutidos, seja pela quebra da confiança através da venda de seus dados.

Por esse motivo, abordar-se-á, a seguir, as características do cadastro do consumidor, momento em que será diferenciado do banco de dados. Também se analisará os princípios constitucionais que envolvem o cadastro, asseguram o seu sigilo e restringem a sua divulgação. Adiante será visto os aspectos abusivos da comercialização dos dados do consumidor e, por fim, avaliar-se-ão algumas normas já existentes que garantem a proteção das informações pessoais.

2 CADASTRO DE CONSUMIDOR

2.1 DIFERENCIAÇÃO DE BANCO DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDOR

Muito se fala em banco de dados, SPC, Serasa, mas quando se trata de cadastro de consumidor normalmente o estudo se restringe a diferenciá-lo do banco de dados. Inclusive, o ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2005) ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, aponta a temática da venda do cadastro, sem, contudo, analisá-lo. Apenas ressalta a importância do estudo.

Inicialmente vale observar que a seção VI do diploma consumerista é intitulada “Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores”. Dessa forma, ela abrange todo e qualquer tipo de cadastros, de fichas, de registros, de dados pessoais e de consumo arquivados sobre o consumidor. Nas palavras de Benjamin (2005, p. 421) tem-se que as duas denominações abarcam

[...] *todas* as modalidades de armazenamento de informações sobre consumidores, sejam elas privadas ou públicas, de uso pessoal do fornecedor ou abertas a terceiros, informatizadas ou manuais, setoriais ou abrangentes.

Diante dessa perspectiva, tem-se que banco de dados são as informações relativas ao crédito do consumidor, classicamente são apresentados os dados dos maus pagadores, regulados pelo CDC. Eles apresentam ao menos quatro características indispensáveis: aleatoriedade da coleta, organização permanente das informações, transmissibilidade extrínseca ou externa, inexistência de autorização ou conhecimento do consumidor quanto ao registro (BENJAMIN, 2005).

Desde 2010, com a edição da Medida Provisória 518, posteriormente convertida na lei 12.414 em 9 de junho de 2011, os bancos de dados passaram também a registrar os bons pagadores sob o argumento de que tais informações reduziriam os juros cobrados em face de um bom histórico de crédito (BESSA, 2011b).

Tal inovação vem recebendo inúmeras críticas como “a violação ao direito de intimidade do consumidor, visto que todas as suas transações a crédito poderiam ser verificadas pelos mais diversos fornecedores” (MARTINS, 2011) e desde a sua implementação em 1º de agosto de 2013 já ensejou diversas demandas nos juizados especiais cíveis¹.

Até o advento do CDC o Direito brasileiro não contava com qualquer previsão legal relativa aos arquivos de consumo. Contudo, a grande – e rápida – evolução dos bancos de dados determinou a inclusão dessa matéria no código consumerista. Eles surgiram em razão da popularização das compras a prazo e as consequentes “[...] dificuldades de operação e insegurança das informações arquivadas, de forma isolada, por cada empresa que operasse com crediário.” (BENJAMIN, 2005, p. 402). O primeiro Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) surgiu em 1955 na cidade de Porto Alegre.

O cadastro do consumidor, por sua vez, consiste nos dados informados de forma voluntária ao fornecedor a fim de realizar um ato de consumo específico, seja ele o recebimento de catálogos de uma loja determinada, seja a abertura de uma conta em banco, ou até uma compra a crédito. Benjamin (2005) destaca que o uso daquela informação deve se limitar ao que foi consentido individualmente, ou seja, “[...] tão-só aquele que esteja em direta conformidade e harmonia com as circunstâncias e limites estritos do negócio jurídico de origem.” (BENJAMIN, 2005, p. 368).

O cadastro, continua o autor, tem por características a acessoriedade da permanência das informações, tendo em vista que o registro não é o fim da atividade exercida. Tem-se que o arquivista e o fornecedor se coincidem na mesma pessoa, uma vez que os dados são informados a este com um propósito específico. Por fim, destaca-se a transmissibilidade intrínseca ou interna do cadastro, pois ele só pode beneficiar o arquivista (o fornecedor).

Tavares Guerreiro, citado por Benjamin (2005) aponta que o avanço da tecnologia proporcionou grande difusão de informações sobre as pessoas, em razão disso, o Direito teve que regular a disponibilização e a utilização das informações colecionadas e organizadas para disciplinar o poder (e seu respectivo abuso) de que passa a ser titular todo aquele a que se faculta o

¹ Rápida consulta à jurisprudência dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul atesta tais demandas.

conhecimento, a manipulação e o uso dos amplos materiais coletados. Ele afirma que “[...] a mera disponibilidade de informações sobre terceiros configura modalidade de poder, capaz de ameaçar a liberdade das pessoas.” (BENJAMIN, 2005, p. 408).

Independente de se tratar de banco de dados ou cadastro de consumidor, Claudia Lima Marques (2010) ressalta que é preciso observar os parâmetros de lealdade, transparência, e cooperação pautados pela lei. Herman Benjamin (2005) acrescenta que se deve assegurar o direito inalienável ao *due process*, à privacidade, a honra.

2.2 DIREITO À PRIVACIDADE E AO SIGILO

Como já destacado o direito do consumidor não apenas ganhou proteção constitucional na Carta de 1988. Mais do que isso: foi elevado ao *status* de direito fundamental. Ademais, ele é pautado em outras garantias que devem ser respeitadas. O direito à privacidade é um deles.

José Afonso da Silva (2009) conceitua a privacidade como

o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.

Percebe-se que o autor destaca a liberalidade que o indivíduo possui a cerca de seus dados. Tal entendimento não poderia ser diferente. Os dados pessoais – seja o nome, a data de nascimento, os números de registros civis – são personalíssimos, caracterizam a pessoa, a individualizam e a vinculam civilmente.

Washington de Barros Monteiro, citado por Carlos Roberto Gonçalves (2009) aponta que o nome é a expressão mais característica da personalidade, ressalta que é um elemento inalienável. Esta postura deve ser aplicada não apenas ao indivíduo, mas a toda a sociedade. É inconcebível que alguém lucre com informações de outrem. Gonçalves ainda expõe que o direito ao nome é um poder do possuidor e que devem ser combatidos os abusos cometidos por terceiros.

O direito à privacidade está pautado no artigo 21 do Código Civil e no artigo 5º, inciso X² da Carta Magna, enquanto o direito ao sigilo de dados no artigo 5º, inciso XII³ da Constituição. Eles garantem a preservação da intimidade, da vida privada. Gonçalves (2009) ensina que tais dispositivos concedem a prerrogativa ao prejudicado de exigir cesse os atos abusivos ou ilegais em relação a esses direitos. Como dito, os dados cadastrais do consumidor fazem parte de sua privacidade, de sua intimidade e, por isso, devem ser respeitados. A infração desses preceitos é condenada. Impõe-se o pagamento de danos materiais e morais àqueles que os sofreram.

Ao se falar em consumidor tende-se a conceder ainda maior proteção e, conseqüentemente, esse conceito deve ser aplicado aos cadastros. Viu-se que estes são as informações que o consumidor fornece, voluntariamente, ao fornecedor. Entende-se, contudo, que essas informações são destinadas unicamente ao fornecedor direto com um propósito explícito.

Toma-se como exemplo um cadastro realizado em loja determinada a fim de receber informações a cerca de promoções e lançamentos de novas coleções. O consumidor compartilha seus dados para aquele propósito específico, efetua um contrato verbal, pautado pelos princípios da boa fé e da confiança. Por tal motivo, não se pode permitir que essas informações sejam compartilhadas, mesmo com outras marcas de um mesmo grupo econômico, afinal trabalha-se com a ideia de fornecedor imediato, com a teoria da aparência e com o princípio da boa fé.

A teoria da aparência defende que o negócio jurídico praticado por alguém que possui, aparentemente, os atributos necessários para ser o legítimo contratante deve ser válido à parte que está de boa fé. Chagas (2010) informa que essa teoria privilegia a situação aparente em detrimento da realidade a fim de proteger interesses, nesse caso, dos consumidores.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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; [...]

³ [...] 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; [...]

No Código Civil o princípio da boa fé está positivado no artigo 422. Ele determina às partes o comportamento probó durante todo o processo de contratação (GONÇALVES, 2010). Estende-se o conceito às relações de consumo em sua acepção clássica, na qual é realizada a comercialização de produtos ou serviços. Contudo, concluiu-se no primeiro capítulo que não se faz necessária a realização de um contrato para que se trave a relação de consumo. Para essas situações (mas não apenas elas), lança-se mão do artigo 4º, inciso III do Código consumerista.

Independente de sua origem legal, a boa-fé deve ser entendida a partir de suas duas acepções: a subjetiva e a objetiva. Gonçalves (2010, p. 55) caracteriza a primeira como aquela relativa “[...] ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos.”, ou seja, deve-se analisar a consciência do agente em relação àquele fato. A objetiva, por sua vez, constitui uma norma jurídica fundada em um princípio geral de direito, ela é uma regra de conduta a partir da qual todos devem agir de maneira honesta, leal, proba, atentando-se aos interesses e as necessidades do outro, concedendo-lhe todas as informações a cerca do negocio.

Esses dois institutos visam garantir a segurança jurídica aos negócios em geral. Destacam-se, então, as relações de consumo. É sedimentada a figura de vulnerável que acompanha o consumidor. Na grande maioria dos casos a vulnerabilidade tange a informacional. O consumidor padrão não tem consciência de toda ao processo de desenvolvimento, produção, distribuição, armazenagem envolvido na cadeia que leva à oferta do produto.

Ele acredita estar lidando exclusivamente com o fornecedor imediato, aquele com o qual conversa, negocia, a quem ele concede suas informações. Essa relação é pautada no princípio da confiança. Este consiste, de acordo com Sergio Cavalieri (2011, p. 45), na “[...] credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente dele espera.” Continua o autor afirmando que “Viola o princípio da confiança toda a conduta que frustre as legítimas expectativas do consumidor.”

Tem-se, portanto, que a utilização das informações disponibilizadas ao fornecedor de modo não autorizado quebra diversos princípios e preceitos

constitucionais caracterizando a abusividade da conduta e a obrigação de indenizar.

2.3 ABUSIVIDADE

O artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor veda ao fornecedor a prática abusiva. O dispositivo – vale ressaltar – é cláusula geral, ou seja, apresenta um rol meramente exemplificativo de situações abusivas.

Cavaliere Filho (2011) explica que a expressão prática abusiva é genérica e deve ser interpretada de forma extensiva. Expõe que “Deve, pois, ser considerado abusivo tudo o que afronte a principiologia e a finalidade do sistema protetivo do consumidor, bem assim se relaciona à noção de abuso de direito [...]” (CAVALIERE FILHO, 2011, p. 101). Essas ações são consideradas ilícitas simplesmente por terem sido praticadas, sem depender de qualquer lesão. As práticas abusivas podem ocorrer durante todo o processo de contratação, estendendo-se às fases pré e pós contratual.

Quando se trata de compra e venda de cadastro, de informações do consumidor vislumbra-se uma série de práticas abusivas, tangenciando a quebra da boa-fé, da privacidade, da confiança, das práticas probas que se espera na relação de consumo. Essa transgressão é praticada de forma solidária. Como ressalta Benjamin (2005, p. 368) “[...] de um lado, o banco de dados que coleta as informações cadastrais e, de outro, a empresa que adquire uma ‘mala direta’ em particular.”

Por outro lado, não se pode ignorar a possibilidade de existência de cláusulas abusivas no contrato que fundamente a informação. Tem-se por cláusula abusiva, a partir do paradigma objetivo, aquela que fere a boa fé objetiva. Busca-se auferir seu resultado, e não a intenção com a qual foi formulada – paradigma subjetivo (MARQUES, 2002).

Sergio Cavaliere (2011), por sua vez, conceitua a cláusula abusiva como aquela que é excessivamente desfavorável a parte mais fraca da relação. Destaca ainda que essa cláusula é onerosa desde a realização do contrato, ou seja, este já nasce desproporcional, mesmo que essa característica seja

apenas percebida posteriormente. Continua ensinando que a cláusula abusiva funda-se no abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil⁴.

Claudia Lima Marques (2010, p. 939) aponta que a proibição das cláusulas abusivas busca

[...] reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrado o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual.

Diante do estudado até então, a cláusula abusiva seria aquela que forçasse o consumidor a autorizar a venda de suas informações, tendo em vista que ele em nada ganharia com a transação e ainda teria ferido seu direito à privacidade. Por esse motivo que se entende que a presença de cláusulas abusivas em certo contrato de consumo torna inválida a relação.

Frisa-se, mais uma vez, que as informações repassadas ao fornecedor devem ser restritas a ele, e ao uso especificado. Não se pode admitir a disponibilização, quiçá a comercialização, desses dados sem a expressa autorização do consumidor. Acrescenta-se à já deturpada ideia da transferência, a do lucro.

Faz-se necessário, mais uma vez, observar o princípio da boa fé. A ele se relaciona outro princípio: o da transparência. Este reflete clareza, nitidez, precisão, sinceridade, implica informações claras, corretas e precisas sobre todos os aspectos da relação de consumo (CAVALIERI FILHO, 2011).

A transparência impõe ao fornecedor o dever de informar e concede ao consumidor o direito à informação. Isso significa que se deve deixar clara as intenções com as quais se arrecadam os dados e quais serão os seus destinos. Ela impõe ao recipiente a iniciativa de conceder a informação, ao invés de onerar o concedente a buscar o verdadeiro destino dos dados.

No mercado atual, é sabido muitas empresas superestimam seus custos, impõe margens astronômicas, e ofertam produtos sem a devida qualidade. Justificam-se os preços na elevada imposição tributária, nos caros

⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

encargos trabalhistas, no entanto, as margens de lucro continuam altas. Em paralelo, criou-se um mercado clandestino de compra e venda de cadastros, sobre o qual não existem registros oficiais e, portanto, não existe – ao menos em tese.

Contudo, não se pode ignorar o fato de o consumidor ter sua caixa de correio invadida por correspondências, observar dezenas de e-mails indesejados por dia, receber ligações inconvenientes – não apenas quanto ao assunto, mas também em relação ao horário – sem nunca ter tido qualquer relação com o emitente. O direito, e mais especificamente o direito do consumidor, precisa atentar-se a essa realidade e ofertar recursos para o vulnerável se defender. Mais a frente (item 2.5), são apresentadas algumas regras que inovaram e de certa forma protegeram o consumidor.

Em última instância, é preciso garantir ao recipiente uma forma de rastrear a fonte da qual originaram aqueles dados, “[...] isto é, o local onde as anotações estão arquivadas e à disposição de quem quiser pagar para tê-las ou usá-las.” (BENJAMIN, 2005, p, 369).

2.4 DIREITO DE ACESSO

O acesso indevido aos dados do consumidor – tenham sido eles adquiridos de forma voluntária (cadastro) ou não (banco de dados) – constitui lesão aos direitos da personalidade, mais precisamente à privacidade e à honra. Por esse motivo, devem ser indenizados (BESSA, 2011b).

O artigo 43 do código consumerista concede ao consumidor o acesso a todos os dados que envolvam o seu nome, sejam eles cadastros, registros, fichas, dados pessoais e de consumo, além da sua origem (GIANCOLI; ARAUJO JÚNIOR, 2009).

É comum que o consumidor, ao indagar atendentes de telemarketing sobre a origem de seus dados telefônicos, por exemplo, receba como resposta o jargão ‘está em nosso sistema senhor’. Contudo, essa informação não pode ser suficiente para justificar o contato. Ao fazer a ligação telefônica, encaminhar o e-mail ou a postagem, a empresa viola o mais puro direito à privacidade do

consumidor. Ressalta-se, por oportuno, que a negativa da informação acarreta a pena prevista no artigo 72⁵ do CDC caracterizando uma infração penal.

O avanço da tecnologia facilitou tanto a obtenção quanto a distribuição dos dados dos consumidores. Não é raro que o consumidor seja compelido a preencher um cadastro e concordar com o termo de compromisso imposto pelo fornecedor a fim de realizar alguma consulta ou compra em sites. Essa constatação não se resume a operações financeiras, mas estende-se a análise de textos, de artigos, de trabalhos acadêmicos. Dessa forma, o consumidor é compelido ao fornecimento de seus dados, mesmo que de maneira indesejada, a fim de satisfazer suas necessidades⁶.

Discute-se, contudo, a validade desse termo de responsabilidade. Como já exposto, o nome e os demais dados pessoais fazem parte dos direitos personalíssimos e, dessa forma, são indisponíveis. Eles não podem ser objeto de negociação nem condição para um contrato. Esse termo aproxima-se do contrato por adesão, ou seja, “aquele fundado em cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.” (NERY JUNIOR, 2005, p. 622). Dessa forma, propõe-se que as regras do segundo sejam aplicadas ao primeiro.

Por esse motivo, propugna-se que as cláusulas a cerca da privacidade ou da autorização do compartilhamento dos dados sejam expostas em destaque na parte superior do termo, sem demandar ao consumidor a busca por essas regulamentações. Por essa razão defende-se que se aplique o artigo 54 do CDC ao termo de compromisso, mais especificamente o seu parágrafo 4º, *in verbis*:

art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.[...]

⁵ Art. 72. Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa.

⁶ Não se pretende entrar no mérito do marketing de consumo, mas instiga-se à pesquisa da criação do desejo e da necessidade, além da predefinição da vida útil dos produtos comercializados, de maneira a incentivar – se não a impor – o consumo desenfreado.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Entende-se que as normas protetivas ao consumidor nunca devem ser reduzidas, apenas alargadas. Ele deve ter consciência de todas condições inerentes à relação a qual está se sujeitando.

Ademais, Herman Benjamin (2005) ressalta a possibilidade da utilização do *Habeas Data* para o acesso aos bancos de dados e cadastros relativos a consumidores. Tal ação é cabível, inclusive ressalta o autor, aos cadastros internos das empresas, aos quais apenas elas utilizam.

Assevera ainda que apesar do veto ao artigo 86 do CDC⁷, o remédio constitucional continua operante a essa finalidade, visto que uma vez preenchidos seus requisitos indicados no texto constitucional a ação será cabível, independente de normatização infraconstitucional.

2.5 NORMATIZAÇÕES

Apesar de não ter como finalidade específica a proteção aos dados do consumidor, existem regulamentações que, em última análise, evitam a dispersão das informações. Algumas delas são: as práticas do Know Your Customer, a Resolução 2.025 de 1993 emitida pelo Banco Central do Brasil (BACEN, 1993), e a Diretiva 95/46 da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

As duas primeiras medidas, conforme será analisado, apresentam um benefício reflexo ao consumidor, protegendo seus dados a partir da proibição aos bancos de possuírem informações sem origem determinada. A terceira, por sua vez, consiste em uma diretiva aplicada a todos os países da União Europeia relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁷ Art. 86 - Aplica-se o **habeas data** à tutela dos direitos e interesses dos consumidores.

2.5.1 Know Your Customer

Know Your Customer (em tradução livre, Conheça Seu Cliente) é um conceito desenvolvido em 1970 pelo governo Norte Americano a fim de determinar a origem do dinheiro depositado nos bancos e detectar atividades duvidosas de seus correntistas (MULLIGAN, 1998). O foco do governo era estabelecer normas a serem seguidas pelos bancos a fim de identificar e combater ocorrências de lavagem de dinheiro e financiamento de atividade terrorista que fariam uso do sistema de pagamento nacional para ocultar transações ilegais.

O primeiro documento oficial elaborado acerca do assunto foi o Bank Secret Act, essa regulamentação determinou que

[...] bancos mantenham certos registros e relatórios, a fim de criar uma trilha que possa ser usada pelas agencias judiciais ao investigar esquemas criminais, regulamentais e de evasão fiscal nos quais fundos foram escondidos do exame minucioso do governo. (MULLIGAN, 1998, p. 2335, tradução livre da autora)⁸.

Mais tarde, no final da década de 1980 foi criada uma organização intergovernamental chamada Financial Action Task Force (FATF) composta por 34 país⁹ – entre eles o Brasil – e 2 organizações¹⁰ (FINANTIAL ACTION TASK FORCE). De acordo com informações publicadas pela própria entidade, ela visa combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Desde 2004, com a edição da Circular 194/2004 do Reserve Bank of India (RBI), todos os bancos devem formular uma política para de KYC, a qual deve conter, de acordo com informativo do HDFC Bank, traduzido livremente, ao menos, os quatro elementos seguintes:

⁸ Texto original: [...] banks to maintain certain records and reports, thus creating a paper trail useful to law enforcement agencies investigating criminal, regulatory, and tax evasion schemes in which monies were being hidden from government scrutiny.

⁹ África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Dinamarca, Estados Unidos, Espanha, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hong Kong (China), Índia, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Reino da Holanda, Reino Unido, República da Coreia, Singapura, Suécia, Suíça, Turquia.

¹⁰ Comissão Europeia, Conselho Cooperativo do Golfo.

- 1) Política de Aceitação de Clientes
- 2) Os procedimentos de identificação de clientes
- 3) Acompanhamento das Operações
- 4) Gestão de Riscos¹¹.

Tais procedimentos envolvem não apenas a identificação do cliente, mas a confirmação das informações fornecidas. Acerca do assunto, existe circular do RBI¹² (RESERVE BANK OF INDIA, 2004) que determina que

[...] as informações fornecidas pelo cliente com o propósito de KYC ao abrir uma conta é confidencial e divulgar qualquer detalhes delas para a técnica de vendas *cross-selling* ou qualquer outro motivo seria violação das obrigações acerca da confidencialidade do cliente. (tradução livre da autora).¹³

Essa regulamentação requer que os bancos detenham informações suficientes a fim de identificar o cliente, através de comprovantes de residência, documentos de identidade, fotografias recentes. Não é possível, portanto, possuir um cadastro sem os documentos que fundamentem as informações.

Entende-se que foi estabelecida uma proteção, pois o banco precisa demonstrar de onde vieram as informações que estão em sua posse, que elas foram concedidas pelo próprio consumidor e de forma voluntária, consciente do motivo pelo qual as fornecia e quem teria acesso a elas. Nesse ambiente não se admite a transação de dados sem fontes, que transgridam a confidencialidade do cliente e seu direito à privacidade.

Dessa forma, ao tentar evitar a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, instituiu-se uma grande proteção ao consumidor em relação aos seus dados pessoais, uma vez que todo e qualquer banco que pretenda abrir uma conta para um cliente deverá checar, confirmar os seus dados e assegurar que eles sejam assinados, sob pena de responsabilização da instituição.

¹¹ Texto original: 1) Customer Acceptance Policy; 2) Customer Identification Procedures; 3) Monitoring of Transactions; 4) Risk Management.

¹² RBI-2004-05/284

¹³ Texto original: [...] the information provided by the customer for KYC compliance while opening an account is confidential and divulging any details thereof for cross selling or any other purpose would be in breach of customer confidentiality obligations.

2.5.2 Resolução número 2.025 do Banco Central do Brasil

No mesmo sentido que a normativa norte-americana, o Banco Central do Brasil elaborou, em 1993 a Resolução n. 2.025. Esta altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1993).

Ela prima pela devida identificação das contas abertas nas instituições financeiras brasileiras. Para tanto, obriga os bancos a promoverem o preenchimento completo da chamada ficha-proposta. Esta é um documento obrigatório no qual constam os dados do correntista, além de informações, cláusula e condições acerca da conta a ser aberta.

No caso de o correntista ser pessoa física, o artigo 1º da resolução obriga que os campos a serem preenchidos refiram-se ao nome completo, filiação, à nacionalidade, à data e local do nascimento, ao sexo, ao estado civil, ao nome do cônjuge, se casado, à profissão, ao documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor), ao número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, aos endereços residencial e comercial completos, ao número do telefone e código DDD, às fontes de referência consultadas, à data da abertura da conta e respectivo número, e à assinatura do depositante.

Percebe-se que o conjunto de dados é bastante completo, sendo capaz de formar um banco extremamente rico. Admite-se que o propósito primeiro da resolução não era proteger esses cadastros, no entanto, ao estudar o artigo 3º caput¹⁴ e seu parágrafo 4º¹⁵ constata-se que todos os bancos são responsáveis pela correta conferência das informações repassadas. Dessa forma, conclui-se que a empresa que não seguir a ordem do Banco Central pode ser autuada pelo agente regulador e até penalizada.

Essa conclusão permite afirmar que a instituição financeira que não for capaz de provar que conferiu aqueles dados com documentos originais capaz

¹⁴ Art. 3º As informações constantes da ficha-proposta, bem como os elementos de identificação e localização do proponente, devem ser conferidos à vista de documentação competente, observada a responsabilidade da instituição pela verificação acerca da exatidão das informações prestadas.[...]

¹⁵ Art. 3º, parágrafo 4º A instituição deve manter arquivadas, junto à ficha-proposta de abertura da conta de depósitos, cópias legíveis e em bom estado da documentação referida neste artigo.

de lastreá-los não os pode deter. Essa prova deve ser feita a partir da cópia, da microfilmagem, e da digitalização – apesar de sua validade ser debatida – dos documentos analisados. Na falta desse arquivo, as informações presentes nas fichas são ilegítimas e presumidas adquiridas por meios não confiáveis.

Ademais, as fichas-propostas precisam ser assinadas pelo correntista, assim como qualquer atualização, adição ou modificação das informações nelas constantes. Assim, é imprescindível que o consumidor não apenas tenha conhecimento que aquela instituição detém suas informações, como deve concordar e atestar a sua ciência.

Mais uma vez, entende-se que tal procedimento mostra-se de extrema valia ao vulnerável, uma vez que assegura que apenas os bancos nos quais ele possui conta serão detentores de suas informações. Desse modo surge um instrumento de garantia ao consumidor de que suas informações serão preservadas.

Sabe-se que o Banco Central realiza auditorias nos bancos a fim de verificar se eles encontram-se dentro dos padrões e das normas a eles impostas. Tais ações conferem ao Bacen a possibilidade de impor penas aos infratores, o que se verifica por meio de explicações disponibilizadas pela instituição:

O Banco Central do Brasil, no exercício de sua competência fiscalizadora sobre as instituições financeiras e demais instituições por ele autorizadas a funcionar, dispõe de poder legal para instaurar processo administrativo punitivo, quando verificada infração a norma legal ou regulamentar relativa às atividades supervisionadas. (BANCO CENTRAL DO BRASIL).

Esse poder fiscalizador e punitivo concede ao Bacen alta carga de imperatividade, tendo em vista que as penas podem consistir desde advertências, até a cassação da autorização de funcionamento da instituição, passando pela imposição de multas, suspensão temporária e inabilitação para o exercício de cargos de direção (BANCO CENTRAL DO BRASIL)

Ressalta-se, mais uma vez que o consumidor tem o direito assegurado constitucionalmente à privacidade e ao sigilo de suas informações. No que tange o campo bancário, conforme destaca Herman Benjamin (2005), ainda se inclui o sigilo bancário.

Mazutti (2011, p. 22) apresente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do sigilo bancário. Aponta que a Corte Suprema entende que existe “[...] uma relação entre o sigilo bancário e o direito à privacidade e à intimidade, e justamente em face desta relação é que se poderia defender a proteção constitucional ao sigilo bancário.”

Esse sigilo consiste na

obrigação do banqueiro de não revelar, a benefício do cliente, certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária, sob pena de muito rigorosas sanções civis, penais ou disciplinares (ABRAAO *apud*, FONTES, 2012).

Fontes (2012) ainda destaca que as informações protegidas são as “[...] conhecidas pelas instituições bancárias como consequência da relação comercial estabelecida com o cliente ou para os fins de constituição da mesma [...]”. A autora conclui que os dados do sigilo bancário não se limitam àqueles fornecidos pelo próprio cliente ao banco, mas também os que foram colhidos de outras fontes, assim como os dados gerados em função das transações e perfil de consumo dos correntistas, dados esses que se tornam mais ricos conforme mais informações são coletadas e mantidas pela instituição financeira. Dessa forma, tanto os dados, quanto o perfil de consumo devem ser considerados sigilo.

Diante do exposto, denota-se que o consumidor é cercado por diversas normas e princípios que protegem seus dados no meio bancário, de maneira mais importante a presunção de ilegitimidade dos dados que não forem lastreados por documentos e assinaturas. Todavia, não se pode contentar com regras de proteção indireta. É preciso que o assunto seja valorado e que existam regulamentações específicas a cerca da proteção do cadastro.

2.5.3 Diretiva 95/46/CE da União Europeia

Segundo informações da própria União Europeia (2011), “a Diretiva 95/46/CE constitui o texto de referência, a nível europeu, em matéria de proteção dos dados pessoais.” Ela visa equilibrar o grau de proteção da vida privada das pessoas e a livre circulação de dados pessoais no interior da União

Europeia. Para tanto, determina limites relativos ao recolhimento e à utilização de dados pessoais e requer a criação, em cada Estado-Membro, de um organismo nacional independente encarregado da proteção desses dados.

Inicialmente já se percebe que a UE apresenta-se muito avançada no tocante à proteção de cadastros de dados. A atenção recai especificamente nos dados pessoais dos cidadãos, e não apenas nos bancos de dados – como acontece primordialmente no Brasil. Isso se confirma com a leitura do artigo 2º, alínea a o qual dispõe que se deve entender por “Dados pessoais, qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável [...]”. Esse conceito, tamanha sua abrangência, alcança informações textuais, fotografias, imagens audiovisuais e registros de sons relativos a uma pessoa.

Ao analisar a exposição de motivos, fica claro o cuidado que se teve com a liberdade e os direitos do homem. Em diversos momentos esses assuntos são destacados e ratificados, o que se nota em algumas passagens do texto da Diretiva:

[...] Considerando que os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares; [...] dos direitos e liberdades das pessoas, nomeadamente do direito à vida privada, [...] assegurar o respeito dos direitos e liberdades fundamentais, nomeadamente do direito à vida privada. (UNIÃO EUROPEIA, 1995)

Já no primeiro artigo, ao explicar o objetivo da diretiva é normatizado que “[...] a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais.” (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Ponto interessante de ressaltar é a atenção destinada ao avanço da tecnologia. É exposto que esse progresso facilita consideravelmente o tratamento e a troca dos referidos dados e por isso deve-se destinar ainda maior cuidado aos tratamentos automatizados, sem, contudo, excluir os manuais. Ou seja, a proteção não pode depender das técnicas utilizadas sob pena de a proteção fracassar.

Observa-se que foram considerados, de forma explícita, os princípios da boa fé e da lealdade. Foi escrito que o tratamento dos dados devem ser feitos de forma lícita, que as finalidades com que são tratadas as informações devem

ser exteriorizadas e que qualquer tratamento posterior ao recolhimento deve ser compatível com o motivo determinado.

No que tange o consentimento, a exposição de motivos da diretiva deixa muito claro que ele é essencial para que os dados sejam recolhidos e tratados. Depreende-se ainda que “[...] os dados susceptíveis, pela sua natureza, de pôr em causa as liberdades fundamentais ou o direito à vida privada só deverão ser tratados com o consentimento explícito da pessoa em causa.” (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Ainda garante o acesso a todos os dados que dizem respeito ao cidadão e a quais tratamentos eles foram submetidos, além de poder conhecer as circunstâncias em que os dados foram recolhidos.

Como visto, pretende-se proteger as informações a fim de respeitar os direitos e as liberdades. Para tanto, a diretiva instituiu princípios que resguardam os dados pessoais. Esses princípios referem-se a nove áreas que devem ser observadas: qualidade dos dados, legitimidade dos tratamentos de dados, categorias específicas de tratamento, informação das pessoas objeto dos tratamentos, direito de acesso dessas pessoas aos dados, derrogações e restrições, direito de oposição ao tratamento de dados, confidencialidade e segurança do tratamento, notificação.

Por tão completa, a diretiva prevê, inclusive, a responsabilização daqueles que não cumprirem suas normas. Informa

[...] que os danos de que podem ser vítimas as pessoas em virtude de um tratamento ilegal devem ser ressarcidos pelo responsável pelo tratamento, o qual só pode ser exonerado da sua responsabilidade se provar que o fato que causou o dano lhe não é imputável, nomeadamente quando provar existir responsabilidade da pessoa em causa ou um caso de força maior; que devem ser aplicadas sanções a todas as pessoas, de direito privado ou de direito público, que não respeitem as disposições nacionais tomadas nos termos da presente diretiva. (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Observa-se que foi criada uma situação de responsabilidade objetiva, em que o agente só não será responsabilizado caso comprove que não realizou o ato. No artigo 2º – dispositivo destinado a conceituar os termos utilizados na diretiva – alínea d, determina que o responsável pelo tratamento é

[...] a pessoa singular ou coletiva, 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.

Nesse sentido, a própria norma já define os agentes participantes da relação e qual deles será o responsável por qualquer irregularidade no tratamento dos dados.

Diante do exposto, nota-se que a União Europeia é protegida com um dos principais e mais completos conjuntos de leis sobre proteção de dados pessoais. Diagnosticou-se que o Conselho Europeu teve o cuidado, ao redigir essa diretiva, de incluir aspectos de grande importância relativos a proteção de dados pessoais: conceituou aspectos fundamentais, embasou a norma em princípios sólidos, determinou a responsabilidade do transgressor – e quem é ele – previu as situações em que essa proteção deve – e não deve – ser observada, enfim, formou um arcabouço completo para esse fim.

Tais diretrizes devem servir de apoio e de incentivo à normatização brasileira, a fim de assegurar ao consumidor igual direito.

2.5.4 Coleta e manuseio dos dados pessoais do consumidor

Como visto, na sociedade de informação em que se vive, são recolhidos, tratados, conservados e trocados cada vez mais dados pessoais. Estes representam valiosos ativos para as empresas privadas e informações essenciais para as autoridades públicas (DE JESUS, 2012).

Reinaldo Filho (2013) aponta que

O grande poder de processamento de dados pelos computadores foi o fator responsável pela germinação da moderna legislação nessa área. O aumento do poder de controle e processamento de dados prontamente desencadeou a demanda por uma legislação específica para regular a coleta e manuseio de informações pessoais.

Não se pode ignorar a capacidade que existe de captação e de transferência de informações e o potencial de lesividade que apresenta ao consumidor.

Propugna-se que se adote em território brasileiro regramento semelhante ao adotado na União Europeia, estendendo o conceito já existente na regulamentação bancária aos demais setores de atividade econômica, ou seja, para que se possua, de forma legítima, dados de consumidores, é preciso demonstrar a sua origem.

Deve-se observar os direitos do consumidor em todos os tipos de negócio, principalmente naqueles que se apresentam mais inofensivos, pois nesse momento que o vulnerável se descuida e preenche qualquer formulário a ele apresentado. A proibição expressa da venda e da disponibilização do cadastro de consumidores deve ser medida tomada a fim de, como ensina Brito Filomeno (2005), prevenir o dano generalizado, beneficiando assim abstratamente a universalidade e categorias de potenciais consumidores. É preciso que o Brasil evolua ainda mais no campo do consumidor e desenvolva legislação capaz de lastrear a proteção das informações pessoais.

3 AÇÕES REPARATÓRIAS

3.1 ACESSO À JUSTIÇA

Antonio Herman V. Benjamin (2011) destaca que antes do advento do Código de Defesa do Consumidor a população carecia de instrumentos processuais hábeis a exercer os poucos direitos que lhe protegiam como vulneráveis. O mencionado diploma não apenas trouxe diversos direitos materiais ao consumidor, como também lhe apresentou meios para perseguí-los.

É sabido que em inúmeras situações o sistema judicial nacional se apresenta individualista, lento, caro e sobrecarregado. O ministro ressalta que anteriormente os direitos difusos, incluindo aqui os dos consumidores, eram tolhidos pela máxima do artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973 segundo a qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Benjamin observa que o CDC incluiu na esfera consumerista uma espécie de *class action*¹ para a tutela dos interesses coletivos, além de conceder foro privilegiado ao consumidor, uma vez que ele pode propor a ação em seu próprio domicílio. Ele explica o funcionamento da *class action* brasileira: um dos legitimados² propõe a ação, a qual será dada publicidade, os demais lesados poderão ingressar no polo ativo da demanda como litisconsortes.

A sentença será genérica, não especificando os beneficiados. Estes serão apenas identificados na fase de liquidação da sentença na qual as

¹ Das palavras de Cassio Scarpinella Bueno (1996) conclui-se que a *class action* é um instituto derivado do direito norte-americano “em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.” (BUENO, 1996, p. 2). Ela tem lugar quando o litisconsórcio ativo seria tamanho que impediria a propositura da demanda.

² Art. 82 do CDC – Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

vitimas individualizarão seus danos a serem cobrados no cumprimento de sentença.

Vale ressaltar que as sentenças que tratem de interesses ou direitos difusos em regra terão eficácia *erga omnes*, sendo, no entanto, permitida a propositura de nova ação “[...] se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova [...]” (Lei 8078 de 1990, artigo 103, inciso I).

Antes disso, contudo, o primeiro marco rumo ao acesso à justiça dos consumidores foi a promulgação da lei 7.347 de 1985 – a Lei da Ação Civil Pública. Esta autoriza, desde 2007, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações ou sociedades de economia mista e as associações que estejam constituídas há pelo menos 1 ano a propor ação de responsabilidade civil por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor.

Não obstante, vale ressaltar que ela é cabível à defesa dos interesses difusos ou coletivos, ou seja, refere-se aos danos sofridos por vitimas indetermináveis ou de difícil determinação. Por esse motivo que as indenizações destinam-se a um fundo de reconstituição dos bens lesados, consoante o artigo 13 da lei.

Pasqualotto (2011b) destaca os três avanços significativos da lei para a defesa desses interesses: a legitimação meta individual, o inquérito civil e o efeito ultrapartes da sentença condenatória. Ele ensina que o inquérito civil constitui uma atribuição do Ministério Público e caracteriza-se como o instrumento através do qual se investiga a violação dos interesses protegidos pela lei e “[...] cuja efetividade é assegurada pelo poder de requisição geral de documentos, perícias e informações, ao qual devem se subordinar organismos públicos e particulares (art. 8º, § 1º), sob ameaça de sanção criminal (art. 10).” (PASQUALOTTO, 2011b, p. 58).

Da mesma forma que na *class action*, o professor gaúcho ensina que as sentenças prolatadas nas ações civis públicas terão eficácia *erga omnes*, beneficiando todos aqueles que foram submetidos à lesão em razão da relação discutida em juízo. Por esse motivo, os consumidores lesados podem se

habilitar para receber a indenização, ainda que não tenham integrado a lide pessoalmente.

No mesmo sentido, foram instituídos pela lei 9.099 de 1995 os juizados especiais cíveis. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça eles são um meio de acesso à justiça disponibilizado ao cidadão, tendo em vista que permitem a busca pela solução dos conflitos de forma rápida, eficiente e gratuita.

A facilidade inerente a esse modelo de jurisdição é diagnosticada logo no artigo 2º da lei, o qual determina que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (LEI 9.099, 1995).

Os juizados permitem, portanto, ao consumidor propor ações de cunho indenizatório de forma simplificada e ágil. Ressalta-se, inclusive, a desnecessidade de acompanhamento advocatício para tanto, como autoriza o artigo 8º da lei³. Dessa forma o cidadão pode pleitear seu ressarcimento pautado em regras mais simples e ágeis.

Nesse sentido, conclui-se que apesar de ainda muito longe do cenário perfeito, o judiciário brasileiro já evolui em grande monta a fim de proporcionar ao cidadão maior acesso à justiça, de forma que se deve facilitar, ao máximo, a reparação do consumidor (LISBOA, 2003).

3.2 HIPOSSUFICIÊNCIA X VULNERABILIDADE

É importante diferenciar esses dois institutos, tendo em vista que a hipossuficiência é conceito aplicado na esfera processual enquanto a vulnerabilidade paira o campo material. Apenas esta é requisito essencial para a caracterização do consumidor, sem o qual não se admite essa figura.

³ Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: (Redação dada pela Lei nº 12.126, de 2009)

I - as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; [...]

Cavaliere Filho (2011) remonta a ideia da vulnerabilidade ao início da massificação da produção, do consumo e da contratação. O autor afirma que esse advento no consumo deixou o consumidor em desvantagem, uma vez que para dar suporte à demanda excessiva, o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente. Em contrapartida, o cidadão viu o seu poder de escolha reduzido, tendo que se submeter unicamente ao que lhe era oferecido no mercado. Segundo José Filomeno (2005) a vulnerabilidade do consumidor deriva da sua submissão ao poder dos titulares dos bens de produção, uma vez que são eles que ditam o ritmo do mercado.

A vulnerabilidade parte da ideia da igualdade e da desigualdade sem, contudo, se confundir com ela. Claudia Lima Marques (2002) aponta que a igualdade é um conceito amplo e objetivo, envolvendo o homem e a sociedade, e a desigualdade parte da comparação de situações e de pessoas. A vulnerabilidade, por sua vez, apresenta-se mais flexível, gradual, com traços de subjetividade, sem requerer uma comparação entre sujeitos ou situações. Continua afirmando que ela constitui

[...] um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. (MARQUES, 2002, p. 269-270).

Benjamin (2011), ao tratar do assunto dispõe que a vulnerabilidade é peça fundamental do Direito do Consumidor, é dela que parte todo o estudo e a aplicação aos contratos. No mesmo sentido doutrinam Nishiyama e Densa (2011). Eles defendem que a vulnerabilidade é princípio orientador do CDC, trata de uma norma cogente que deve ser observada.

A nova realidade da massificação da produção eliminou o contato direto entre o produtor e o comprador, inserindo diversos agentes no processo e impondo as normas mais benéficas ao detentor do capital por meio do contrato de adesão. Cavaliere (2011) ensina que o desequilíbrio entre fornecedores e consumidores tornou o consumidor vulnerável sob três aspectos: técnico, fático e jurídico. Por essa razão que o direito do consumidor busca eliminar essa

desigualdade, reestabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo⁴.

Explica a vulnerabilidade fática, ou sócio-econômica, como aquela decorrente da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos. Claudia Lima Marques (2002) explica essa categoria a partir do poder que o fornecedor possui, o qual lhe permite impor sua superioridade a todos que com ele contratam.

A vulnerabilidade técnica corresponde ao desconhecimento sobre o processo produtivo envolvido naquele produto ou serviço, ou à falta ou pela inexatidão das informações repassadas pelo fornecedor. De acordo com Claudia Lima em razão da vulnerabilidade técnica o consumidor é mais facilmente enganado no que tange as características e a utilidade do bem.

Por fim, a vulnerabilidade jurídica, também denominada de científica, resulta da ignorância do consumidor acerca de seus direitos, da dificuldade do acesso à justiça – como foi comentado, da ingenuidade com que observa o processo judicial. Marques inclui ainda o desconhecimento sobre outras matérias, como contabilidade e economia.

Nishiyama e Densa (2011) acrescentam ainda a vulnerabilidade informacional. Em suma, os autores dissociam a o conhecimento informacional do técnico criando uma nova categoria de vulnerabilidade. No entanto, percebe-se que se trata da mesma proteção decorrente da falta de informação repassada ao consumidor.

Sérgio Cavalieri (2011) continua ensinando que a vulnerabilidade foi formalizada no artigo 4º, inciso I do CDC⁵, dessa forma tornou-se um princípio estruturante do sistema do diploma consumerista. O estado de vulnerável é presumido de forma absoluta e aplicado a todos os consumidores.

⁴ Cavalieri Filho (2011) ressalta que o objetivo do CDC não é exercer uma função paternalista, a fim de desequilibrar a relação em favor do consumidor, mas sim harmonizá-la para que as duas partes disponham de recursos iguais. É o chamado princípio da equivalência contratual, o qual deve pautar os contratos consumeristas.

⁵ Art. 4º 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 da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]

Claudia Lima Marques (2002), contudo, observa que não se pode presumir o desequilíbrio quando o consumidor consiste em pessoas jurídicas e o profissional que efetua o consumo intermediário. A eles cabe provar as suas vulnerabilidades para então serem considerados consumidores, de acordo com a teoria finalista mitigada. Continua ensinando que quando se trata de relações entre pessoas jurídicas ou profissionais, não é a mera presença de um contrato de adesão que transformará uma das partes em consumidor e a outra em fornecedor. Deve-se respeitar a ideia do comércio e da livre iniciativa. A pré-determinação de cláusulas pode apenas ser um indício da existência de uma relação de consumo, mas nunca uma presunção, seja ela relativa ou absoluta, sob pena de banalizar a proteção do CDC.

A hipossuficiência, por sua vez, diz respeito às características pessoais do cidadão. O consumidor sempre será vulnerável, pois é da sua essência, mas não, necessariamente, hipossuficiente. Cavalieri (2011) caracteriza a hipossuficiência como um agravamento da situação de vulnerabilidade, uma carência cultural, material, ou ambos. O professor destaca o caráter processual desse instituto e a sua previsão no artigo 6º, inciso VIII do CDC⁶ ao tratar da inversão do ônus da prova.

Marques (2002) analisa também a hipossuficiência. Reforça que essa é uma noção processual e que se vincula à situação econômica da pessoa. No que diz respeito à tutela do consumidor, dispõe que é a hipossuficiência que torna abusiva a cláusula de eleição de foro e a imposição de foro privilegiado ao consumidor.

No âmbito processual destaca-se a Lei n. 1.060 de 1950. Esta determina normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Os beneficiados por essa lei são considerados hipossuficientes. Para tanto, o parágrafo único do artigo 2º da lei⁷ requer que a pessoa não seja hábil a arcar

⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;[...].

⁷ Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

com as custas do processo e os honorários advocatícios sem por em risco o sustento próprio ou da família. Por conta da baixa renda, portanto, gozam de isenção de taxas, emolumentos, despesas.

No que diz respeito particularmente ao consumidor, o ministro Benjamin (2005) pondera que ele será hipossuficiente ao apresentar alguma característica que agrave a sua vulnerabilidade, ou seja,

[...] os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.

Anota que a hipossuficiência é marca individual, limitada a algumas pessoas apenas, mas não referente a todos os consumidores, diferentemente da vulnerabilidade, que a eles é inerente. Kazuo Watanabe (2005), citando Cecília Matos, pondera que a hipossuficiência aplicado ao consumidor demonstra a sua diminuição econômica, social, informacional, educacional, de participação, de associação.

Dessa forma observa-se que é intrínseco ao consumidor a característica da vulnerabilidade. Ficou claro que ela não se confunde com a hipossuficiente que o cidadão pode ao mesmo tempo ser vulnerável e hipossuficiente. Tem-se, portanto, que esses dois conceitos não se excluem, pelo contrário, complementam-se.

3.3 CABIMENTO DA AÇÃO DE REPARAÇÃO

Como exposto anteriormente, as informações pessoais são parte do patrimônio das pessoas, e mais do que isso, integram sua personalidade. São preservadas pelo direito à privacidade e ao sigilo. Reforça-se que são previstos, respectivamente, no artigo 21 do Código Civil e no artigo 5º, inciso X da Carta Magna, e no artigo 5º, inciso XII da Constituição.

Chegou-se a conclusão que ao compartilhar seus dados, o consumidor o faz com propósito específico. Para tanto, efetua um contrato verbal pautado nos princípios da boa fé e da confiança. Claudia Lima (2002) ensina que o princípio geral da boa-fé é um mandamento obrigatório a todas as relações

contratuais. Continua informando que ele impõe deveres anexos e limita os direitos subjetivos abusivos. A professora afirma que a violação desse princípio, por si só, é fonte de responsabilidade.

Definiu-se que a utilização dos dados oferecidos ao fornecedor de modo não autorizado quebra diversos princípios e preceitos constitucionais caracterizando a abusividade da conduta e a obrigação de indenizar.

Relembra-se que a comercialização dos cadastros é abusiva por inúmeros fatores, dentre a quebra da boa-fé, da privacidade, da confiança, das práticas probas que se espera na relação de consumo. É importante nesse ponto ressaltar que a abusividade é cometida tanto por quem vende, tanto por quem compra os dados, permitindo o consumidor demandá-los de forma solidária.

Também foram analisadas as características da responsabilidade civil. De maneira sucinta, por já analisado quando oportuno, confirma-se que a responsabilidade civil constitui a reparação do dano causado a partir da infração de uma norma jurídica. Frisa-se que esse dano pode ser material ou moral, dependendo da lesão sofrida.

Faz-se importante o reforço da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva ao CDC, a qual não exige a comprovação da culpa para caracterizar a responsabilidade. Nesses casos, basta que fique claro o dano e o nexo de causalidade entre ele a ação, ou seja, os elementos objetivos da responsabilidade.

Nas situações de compra e de venda de cadastro, como bem defendido e lembrado, ocorre a quebra de direitos e de princípios, os quais ensejam a reparação do dano moral causado. Assim se defende, pois, além de ferir direitos personalíssimos do consumidor, a compra e venda do cadastro, na maioria das vezes, acarreta incomodo, para não falar em invasão de privacidade.

A comercialização dos dados é percebida uma vez que o consumidor passa a receber diversas formas de abordagem por parte de empresas com as quais nunca teve contato. Elas podem se materializar por meio de correspondências postais ou eletrônicas, telefonemas, envio de produtos não solicitados. Situações que causam grande aborrecimento e ofensa.

Acredita-se ser uniforme a aversão que a população nutre pelo serviço de *Call Center*. Quem jamais recebeu uma ligação indesejada durante o almoço, ou então na manhã de um sábado oferecendo um produto qualquer – assinatura de revista, de televisão à cabo, ou quem sabe de telefonia? Tarefa difícil é manter a calma e tentar desvencilhar-se da ligação.

Essa prática, por ter se tornado costumeira, reduziu o limite de tolerância que o consumidor apresenta face tais intervenções. Por esse motivo que muitos perdem o controle e por vezes tornam-se mal educados e agressivos. Tal descontrole não é rapidamente superado, principalmente quando a atitude é reiterada.

Não bastasse tamanho sofrimento, Gonçalves (2011) conceitua o dano moral como a lesão de um bem que integra os direitos da personalidade. Dessa forma, resta claro que, seja pela mera violação da privacidade e do sigilo, seja pela dor excessiva causada, a venda do cadastro do consumidor impõe o ressarcimento pelo dano moral, implicando tanto o vendedor quanto o comprador do cadastro.

Superada a questão do dano moral, parte-se para a análise da possibilidade de cabimento do dano material. Este é compreendido, conforme rege o artigo 402 do Código Civil⁸ pelo dano emergente – o que efetivamente se perdeu – e pelos lucros cessantes – o que razoavelmente deixou-se de lucrar.

O artigo 884, contudo, determina que

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

É claro o código ao tratar do enriquecimento ilícito. Este se funda, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010), no princípio da equidade e consiste no locupletamento de alguém à custa de outrem. Ao citar Caio Mario, o autor aponta que toda a aquisição patrimonial deve decorrer de uma causa.

⁸ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

O professor ensina que são quatro os requisitos para a configuração do enriquecimento sem causa: o enriquecimento de alguém, o empobrecimento ou o prejuízo de outrem, a relação de causalidade entre os dois fatos, a ausência de contrato ou de lei que o justifique.

Percebe-se, portanto que os pressupostos são preenchidos, uma vez que tanto o agente que vende, quanto o que compra o cadastro lucra – um de forma monetária, e o outro informacional. Em seguida observa-se a absorção do prejuízo pelo consumidor, uma vez que além de se ver ofendido moralmente, não participou de qualquer vantagem econômica derivada do uso de seus dados. Nota-se também que as duas situações estão intimamente ligadas pela comercialização do cadastro. Por fim, percebe-se que não existe nenhuma justificativa jurídica capaz de fundamentar o enriquecimento do fornecedor.

Não bastasse a observância de todos os requisitos, o Conselho da Justiça Federal aprovou na I Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, o enunciado 35, o qual determina “35 – Art. 884: A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 20).

Dessa forma, tem-se que independente do entendimento acerca da condição do enriquecimento ilícito, a sua indenização será devida ao consumidor.

Demonstrou-se, portanto, que a comercialização dos dados do consumidor enseja a pretensão de ter indenizados os danos morais e materiais por ela causada.

3.4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inicialmente cabe, de forma breve, distinguir ônus e obrigação. Esta consiste em um dever jurídico prescrito pela norma em favor de terceiro, cujo descumprimento representa um ato ilícito. O ônus, por sua vez, caracteriza-se pela conduta prevista na lei em favor do próprio onerado, o qual pode ou não acatá-la. Ou seja, a não observância do ônus acarreta apenas o prejuízo para a

própria parte, enquanto o descumprimento da obrigação leva a uma penalidade obrigacional (CAVALIERI FILHO, 2011).

Nesse sentido, o ônus da prova, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 430), “[...] consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.” Ou seja, em regra, quem alega o fato deve prová-lo a fim de ele ser considerado em juízo. Esse é o comando do artigo 333 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[...]

Percebe-se que cabe àquele que possui o direito demonstrá-lo, para então ganhar a causa. Mesmo que o réu permaneça inerte e não prove sua inocência, nada levará o autor se não conseguir provar o que afirma.

Theodoro Junior (2010) nota que, apesar de o sistema de partilha do ônus probatório ser estático e rígido, em certos casos ocorre um abrandamento nesse rigor aplicando-se a distribuição dinâmica do ônus da prova. Nesse modelo, o juiz transfere o encargo de prova à parte que detém conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa ou, simplesmente, apresente maior facilidade na sua demonstração.

O autor assevera que a teoria não pretende isentar totalmente o responsável original pela prova. Ela busca aliviar o encargo nas situações em que ela não tem condições de cumpri-lo. Pasqualotto (2011b) frisa que a inversão do ônus da prova é, portanto, um novo equilíbrio propiciado por expedientes técnico-legislativos.

Humberto (2010) aponta três requisitos necessários para que a inversão ocorra: a parte que suporta o novo ônus não precisa provar o fato constitutivo do direito do adversário, apenas esclareces os fatos controvertidos que o juiz determinar; deve ser possível realizar a prova; a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, devendo esta ser intimada com antecedência acerca da decisão.

Quando, contudo, se trata de relação de consumo a regra muda. Cavalieri (2011) preconiza que a regra do artigo 333 do CPC vale apenas quando as partes apresentam-se em igualdade, não sendo suficiente entre desiguais, o que ocorre entre consumidor e fornecedor.

O CDC prevê duas possibilidades de inversão do ônus da prova: no artigo 6º, inciso VIII e no artigo 12. A primeira ocorre quando decorre da decisão do juiz, uma vez que este observa os requisitos daquele dispositivo⁹.

Independente da divergência existente acerca da natureza da inversão, no caso do artigo 6º, inciso VIII, o magistrado decidirá se o ônus probatório será invertido nas situações em que observar algum dos requisitos dispostos no artigo: a verossimilhança das alegações¹⁰ ou a hipossuficiência do consumidor.

Cavalieri Filho (2011) destaca que esses pressupostos são alternativos, haja vista a utilização da conjunção ou. Contudo, o magistrado precisa atentar-se para todas as circunstâncias e indícios que envolvem o caso, afinal o CDC não libera o consumidor de produzir qualquer prova em juízo.

Ensina que a verossimilhança é a aparência da verdade a partir dos fatos narrados. Estes são verossímeis quando decorrem logicamente dos eventos apontados, quando normalmente um é consequência do outro, motivo pelo qual cabe a outra parte quebrar essa cadeia.

Já se estudou a hipossuficiência, portanto apenas relembra-se que o código utilizou esse instituto para abarcar situações de superioridade do fornecedor em face do consumidor, as quais reduzem as chances de provas pelo vulnerável, além, é claro, dos casos de incapacidade econômica de financiamento do processo.

No caso da venda do cadastro, o consumidor apenas tem o conhecimento que seus dados estão na posse de terceiros, sem ter ciência das

⁹ Notou-se que existe discussão na doutrina se essa seria uma inversão do tipo *ope legis* ou *ope judicis*. Cavalieri Filho (2011) e Watanabe (2005) consideram a inversão do artigo 6º, inciso VIII *ope judicis*, pois considera que o juiz que a deve determinar. Já Andrade (2011), por exemplo, afirma ser *ope legis*, uma vez que preenchidos os requisitos do artigo ela deverá ser deferida. Não se aprofundará o tema para que o assunto central desse trabalho seja desviado, contudo observa-se ser esse um assunto de grande relevância.

¹⁰ Destaca-se que Watanabe (2005) entende que a essa situação não configura, propriamente, uma inversão do ônus probatório. Ele afirma que o magistrado, baseado na sua experiência e nas regras da vida, aceita as afirmações do consumidor, cabendo ao fornecedor provar o fato modificativo que venha a alegar.

transações realizadas pelo fornecedor. Por esse motivo cabe àqueles que possuem as informações de forma ilícita provar como tiveram acesso ao cadastro, imputando a responsabilidade, também, ao vendedor dos dados. Nas palavras de Benjamin (2005, p. 466) “[...] não está a cargo do consumidor a tarefa final de provar a propriedade ou impropriedade do registro.”

A segunda hipótese é a do artigo 12, § 3º, no qual o produtor deve provar alguma das situações dos incisos (não colocou o produto no mercado, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro). Percebe-se que essa é uma situação mais objetiva, uma vez configurado o fato do produto ou do serviço o fornecedor só irá se eximir da responsabilidade se prova uma daquelas hipóteses.

Dessa forma que o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor¹¹ prevê como um de seus direitos básicos a facilitação da defesa de seus direitos. Nesse momento o legislador positivou a inversão do ônus da prova em casos de verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do vulnerável.

Essa previsão possui grande importância, uma vez que “É no campo da prova que o consumidor encontra as maiores dificuldades para fazer valer os seus direitos em juízo.” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 349). Por esse motivo que a inversão do ônus da prova constitui uma forma de aumentar a igualdade substancial entre consumidor e fornecedor no plano processual.

Quando o juiz determina a redistribuição probatória, cabe ao fornecedor excluir o fato alegado pelo consumidor da sua esfera de responsabilidade. Vale lembrar que a responsabilidade do fornecedor no CDC é objetiva, dessa forma ele irá se eximir apenas se provar o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a falta de nexo de causalidade, que não colocou o produto no mercado, que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste. (THEODORO JUNIOR, 2010; BRASIL, 1990)

¹¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências:[...]

3.4.1 Momento da inversão

Discute-se na doutrina e na jurisprudência o momento em que o juiz deve se pronunciar a respeito da inversão do ônus da prova. Segundo Cavalieri (2011), alguns entendem que a determinação deve ocorrer no despacho liminar de conteúdo positivo; outros, na fase de saneamento; e um terceiro grupo, na sentença. As duas primeiras posições pautam-se no princípio do contraditório e da ampla defesa, por entender que “[...] se for invertido o ônus da prova, terá que ser assegurada ao fornecedor a oportunidade de desincumbir-se do novo encargo, sob pena de violação do art; 5º, inciso LV, da Constituição Federal.” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 354).

O autor, contudo, defende que o ônus seja invertido no momento da sentença, por ser uma regra de julgamento, e não de procedimento. Argumenta em seu favor que no momento do despacho liminar de conteúdo positivo não se definiram os pontos controvertidos e que em muitos procedimentos não existe a fase de saneamento. Assevera que a inversão não atribui ao fornecedor um novo ônus probatório, uma vez que ele, ao ingressar na lide, já tem conhecimento das regras da inversão.

No mesmo sentido doutrina Watanabe (2005) ao afirmar que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, pois orientam o juiz em casos que a solução não é clara no que diz respeito aos fatos. O autor admite que seja realizada no momento da valoração da prova. Em momento anterior, contudo, “[...] será o mesmo que proceder ao prejudgamento da causa, o que é de todo inadmissível.” (WATANABE, 2005, p. 797).

Andrade (2011) aponta que muitos defendem que o instituto consiste em uma regra de procedimento, uma vez que impõe “[...] ao juízo indicar previamente, no processo, seu entendimento em prol da inversão, para possibilitar ao fornecedor de produtos ou serviços a oportunidade de se desincumbir do ônus que então lhe está sendo entregue.” (ANDRADE, 2011, p. 432). Esse, contudo, também não é o entendimento do autor.

O juiz carioca ressalta, no mesmo sentido de Cavalieri, que a imposição da inversão no momento da sentença não ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Defendendo a regra de procedimento, encontra-se Freire e Silva (2011). O autor crê que a inversão deve ocorrer no momento do saneamento ou na instrução processual. Como previsto pelos demais doutrinadores, funda sua tese no princípio do contraditório. O autor preconiza que “Não há que se falar em conhecimento da lei e inexistência de surpresa, uma vez que as situações que ensejarão a inversão poderão ser muitas, de acordo com a exegese da lei.” (SILVA, 2011, p. 485). No mesmo sentido acredita Barbosa Moreira (2011), que refuta a ideia de que ao inverter o ônus da prova na fase saneadora o magistrado incorreria em prejulgamento, parcial e prematuro.

Independente da corrente a que se filie, restou claro que o ônus da prova não deve ser suportado pelo consumidor nas situações previstas na lei. O consumidor, na figura de vulnerável, deve ter seus direitos não apenas garantidos, mas facilitados. Em se tratando da compra e venda indevida de seus dados, torna-se demasiadamente difícil – senão impossível – a prova de que a transação ocorreu.

Dessa forma, defende-se que deve o fornecedor mostrar os meios pelos quais obteve aquelas informações. Por esse motivo que se prima pelo alargamento das normas da Resolução 2.025 do Banco Central – que presume ilícita as informações não amparadas por cópias dos documentos de origem – e da criação de lei semelhante à Diretiva 45 da União Europeia – que protege os dados dos cidadãos e prevê meios para a responsabilização.

3.5 PRAZO PRESCRICIONAL NO CDC

Inicialmente cabe fazer uma breve diferenciação entre a prescrição e a decadência. Segundo Amorim Filho (1961) a discussão travada acerca dos conceitos de prescrição e decadência desafiam juristas há muito tempo, por essa razão que não se pretende esgotar o assunto em poucas linhas.

O autor, após extensa reflexão, concluiu que a prescrição afeta a pretensão de se exigir o direito contra o sujeito passivo e que “O momento de início do curso da prescrição, ou seja, o momento inicial do prazo, é determinado pelo nascimento da ação.” (AMORIM FILHO, 1961, p. 13). Ressalta, contudo, que ao falar em ação atribui-se a ela o sentido de pretensão. Assevera, portanto, que “[...] a ação não nasce diretamente da

violação do direito, mas da recusa do obrigado em satisfazer a pretensão.” (AMORIM FILHO, 1061, p. 14).

A respeito da decadência, o autor aponta como seu efeito imediato a extinção do direito – que ele restringe à categoria dos direitos potestativos, ao passo que o da prescrição é a cessação da eficácia da pretensão. Aduz que

[...] quando a lei, visando à paz social, entende de fixar prazos para o exercício de alguns direitos potestativos, o decurso do prazo sem o exercício do direito implica na extinção deste, pois, a não ser assim, não haveria razão para a fixação do prazo. (AMORIM FILHO, 1061, p. 19).

O autor conclui, portanto, que quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação.

Superada a breve análise, parte-se ao foco do item: a prescrição no Código de Defesa do Consumidor. Cavalieri Filho (2011) nota que a prescrição no CDC está ligada a uma lesão do direito do consumidor e à consequente pretensão à reparação do dano.

O artigo 27 prescreve:

Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Nota-se que o artigo trata do fato do produto ou do serviço, ou seja, um defeito do produto ou do serviço que extrapola os seus limites e afeta o consumidor, provocando-lhe danos morais e materiais (CAVALEIRI FILHO, 2011). Nesse sentido, o compra e a venda do cadastro do consumidor consiste num defeito do serviço prestado, uma vez que – como já demonstrado – fere os princípios da boa-fé, da confiança, da privacidade, do sigilo.

Tem-se, no CDC, o prazo prescricional de 5 anos, a contar do conhecimento do dano e de sua autoria. Dessa forma, apenas começa a correr o prazo no momento em que o consumidor perceber que alguma empresa detém, sem sua autorização, dados pessoais e privados. Nessa ocasião o consumidor deve se preparar para buscar sua pretensão em juízo.

Zelmo Denari (2005) explica a inclusão do requisito da autoria porque muitas vezes o consumidor, apesar de ter consciência do dano, não sabe a quem atribuir a responsabilidade. É o que ocorre, como visto, com o vendedor dos cadastros.

Sabe-se que a descoberta do responsável pela venda do cadastro é quase impossível para o consumidor, cabendo ao comprador, caso queira, informar em juízo o agente com que realizou a transação. Tendo em vista que apenas então o consumidor conhece o vendedor dos dados, não se pode admitir que a prescrição referente à pretensão contra o alienante inicie-se juntamente à pretensão contra o adquirente. Não se observa qualquer obstáculo em definir dois momentos de início, uma vez que as pretensões são autônomas.

Quando o CDC foi promulgado, ainda estava em vigor o Código Civil de 1916. Este trazia no artigo 177 a regra geral da prescrição, na qual se inseria a pretensão de reparação por danos, de 20 anos. Essa contradição gerou discussão na doutrina, uma vez que o prazo específico para o consumidor era menor que o geral.

Contudo, com o advento do Código Civil de 2002 tal problema foi superado. O artigo 206, parágrafo 3º, incisos IV e V¹² do novo diploma civil determina prazo prescricional de três anos para as pretensões de ressarcimento de enriquecimento sem causa e de reparação civil, respectivamente.

Percebe-se, portanto, que atualmente o cenário apresenta-se mais favorável ao consumidor, inclusive em razão da regra consumerista determinar o início da contagem do prazo apenas quando se conhecer o dano e o seu autor. Nesse sentido observa-se mais um ganho do consumidor em oposição à lei geral.

Restou clara a caracterização da situação ora em estudo como uma relação de consumo, formada por consumidores e fornecedores, motivo pelo

¹² Art. 206. Prescreve:[...]

§ 3º Em três anos:[...]

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil:[...]

qual não há que se discutir qual das legislações deve ser adotada, prevalecendo a consumerista.

No que diz respeito às causas de suspensão e interrupção da prescrição, Cavalieri Filho (2011) reflete que por ter sido vetado o dispositivo que tratava delas no CDC (artigo 27, parágrafo único) aplica-se a regra geral do Código Civil. Ou seja, deve-se considerar a imposição dos artigos 197 a 204 do CC. Gonçalves (2009) destaca que esses dispositivos devem ser interpretados de forma restritiva, pois a prescrição é instituto de ordem pública, sendo as benesses restritas às hipóteses legais.

Gonçalves (2009) explica que as causas suspensivas e impeditivas são diferenciadas a partir do momento em que surgem. Se o prazo não começou a fluir o obstáculo impede que ele comece, se, contudo, já decorreu parte do lapso temporal, o que se observa é a suspensão. Nesses casos ocorre apenas uma pausa no correr do prazo, ou seja, após a suspensão terminar, ele continua a partir do momento em que parou.

A interrupção, continua o autor, depende de um comportamento ativo do credor. O professor explica que qualquer ato de exercício ou proteção ao direito interrompe a prescrição, extinguindo o tempo já decorrido, que a volta a correr por inteiro. Destaca-se que o artigo 202 restringe a interrupção a uma única ocasião, caso contrário poder-se-ia imaginar um prazo infinito.

Nesse sentido, nota-se que o consumidor conta com prazo previsto especificamente para as relações de consumo, além de ser privilegiado com a determinação do início da contagem. Dessa forma, mesmo que a venda ocorra após muito tempo da concessão dos dados, e que o adquirente os utilize em momento posterior, o consumidor fica resguardado. A sua pretensão, pois, somente será extinta decorridos cinco anos do conhecimento do dano, ressalvando-se ainda a possibilidade de início posterior, para o caso do não conhecimento do responsável pela venda de seu cadastro.

4 CONCLUSÃO

Como pretendido inicialmente, buscou-se nesse trabalho a formação de um estudo capaz de amparar o consumidor em mais uma situação de abuso: a compra e venda de seu cadastro.

Para tanto se estudou os principais conceitos concernentes à relação de consumo e seus componentes, as bases conceituais da responsabilidade civil, da caracterização do cadastro do consumidor e suas peculiaridades, além dos fundamentos para a busca da pretensão em juízo.

Nesse sentido, o primeiro capítulo demonstrou a realidade do consumidor, a existência do consumidor equiparado – notando-se que o cidadão não precisa, necessariamente, participar da relação de consumo para ser considerado consumidor. Ao focar no fornecedor, destacou-se a existência da cadeia de fornecimento e apontou-se todos os responsáveis nela envolvidos, passando pela figura até então desconhecida pela autora do fornecedor equiparado.

A seguir, estudou-se sobre a responsabilidade civil. Construiu-se a fundamentação para assegurar ao consumidor a indenização pelos danos causados pelo fornecedor. Nesse momento abordaram-se os conceitos de responsabilidade subjetiva e objetiva – destacando-se que o CDC adota a última –, a teoria do risco, os excludentes de responsabilidade – numa visão voltada para a responsabilidade objetiva, em que a ausência da culpa não pode ser alegada – e, por fim, os princípios concernentes aos danos moral e material.

O primeiro capítulo, então, serviu como base do estudo, proporcionou os pilares teóricos nos quais toda a teoria desenvolvida a seguir se firmou.

O segundo capítulo, por sua vez, foi dedicado ao estudo do cadastro de consumidor. Notou-se que o cadastro é formado pelos dados fornecidos pelo próprio consumidor ao fornecedor com base nos princípios da boa-fé e da confiança, e que uma vez ocorrida a transação, essas regras são quebradas, violando, também, o direito fundamental à privacidade e ao sigilo.

Ao final do capítulo analisaram-se algumas normatizações já existentes que, direta ou indiretamente protegem os dados do consumidor, considerando, em breve retrospecto, ilegítima a posse das informações que não possuam

prova de origem. Com base nessas legislações, propôs-se a criação de uma norma protetiva ampla, capaz de resguardar os dados do cidadão em todas as suas esferas.

Por fim, questionou-se o problema – ainda existente – do acesso à justiça, distinguiu-se hipossuficiência – esta de caráter processual – da vulnerabilidade – instituto do direito material inerente a todos os consumidores. Exploraram-se as formas de reparação cabíveis ao consumidor. Defendeu-se que as transgressões dos fornecedores ao comercializar o cadastro ensejam a indenização por danos morais e materiais e devem ser viabilizadas através da inversão do ônus da prova. Encerrou-se o estudo com o apontamento da adoção do prazo prescricional quinquenal previsto no CDC para essas ações.

Dessa forma, acredita-se que o objetivo principal do trabalho foi alcançado, uma vez que se conseguiu chamar a atenção para um assunto pouco debatido, mas muito relevante – e danoso – ao consumidor: a compra e venda de seu cadastro.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista de Direito Processual Civil, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRI TERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf>. Acesso em 22 nov. 2013.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de Defesa do Consumidor: O momento em que se opera a inversão e outras questões. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 431 a 459.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução n. 2.025. Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 nov. 1993. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_L.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Processos administrativos punitivos**: Processo administrativo punitivo no Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/fis/PAD/port/Menu/ProcessoAdministrativo.asp>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 fev. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990 (edição extra). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O Código Brasileiro de Proteção ao Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 97 – 132.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Capítulo V: Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 240 - 555.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor Equiparado. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011a. p. 1011 – 1029.

BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo. **Brasilcon**, Brasília, mai. 2011b. Disponível em: <<http://brasilcon.org.br/artigos/Cadastro+Positivo+-+Leonardo+Roscoe+Bessa>>. Acesso em: 23 out. 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 82, p. 92-151, 1996. Disponível em

<<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

CHAGAS, Carlos Orlandi. **Representação da Pessoa Jurídica e a Teoria da Aparencia**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.teses.usp.br%2Fteses%2Fdisponiveis%2F2%2F2131%2Ftde-10012011-144134%2Fpublico%2FRepresentacao_da_Pessoa_Juridica_e_a_Teoria_da_Aparencia.pdf&ei=tqd6Up-1HYe2kAf-qIHwCw&usg=AFQjCNEb-Q3j4NLxeJ7t4ywpZmropNS-8g&sig2=gV92uKghIglaf3gU44fKlw&bvm=bv.55980276,d.eW0>. Acesso em: 06 nov. 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil: I, III, IV e V** Enunciados Aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DE JESUS, Inês Oliveira Andrade. **O Novo Regime Jurídico de Protecção de Dados Pessoais na Europa**. [Lisboa], 2012. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/7039.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

DENARI, Zelmo. Capítulo IV: Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 163 a 239.

DENSA, Roberta; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção dos consumidores hipervulneráveis. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 432 a 461.

FINANTIAL ACTION TASK FORCE. **FATF: Members and Observers**. Disponível em: < <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

FINANTIAL ACTION TASK FORCE. **Who we are**. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulo I: Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 21 a 58.

FONTES, Juliana. **Sigilo Bancário**: Conceito, Origem e Função, In: Direito Caires Benaglia, 2012. Disponível em: <<http://blogdireitocaires.blogspot.com.br/2012/09/sigilo-bancario-conceito-origem-e-funcao.html>>. Acesso em: 15 nov. 2013

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Responsabilidade Civil: Indenização por Equidade no Novo Código Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Cor.). **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Magister Editora, 2007. p. 221-240.

GABURRI, Fernando. Da Insuficiência da Noção da Culpa e de Risco: da Necessidade de um Sistema Geral Objetivo de Imputação de Responsabilidade Civil Extracontratual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (Coord.). **Ensaio sobre Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Magister Editora, 2007. p. 76-97.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Direito do Consumidor**: Difusos e coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. vol. 1. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Sairava, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. vol. 3. 7. ed. São Paulo: Editora Sairava, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. vol.4. 6. ed. São Paulo: Editora Sairava, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

HDFC BANK. **Frequently Asked Questions on KYC Norms and Anti Money Laundering**. Disponível em: <https://www.hdfcbank.com/assets/pdf/KYC_norms.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. rev. atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. Novos aspectos da Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Claudia Lima et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Camila Rezende. **Alguns apontamentos sobre a criação do cadastro positivo de consumidores**. 2011. Disponível em: <http://www.siqueiracastro.com.br/Novo-Informe%2FJEC/info_jec-01_01.html>. Acesso em: 23 out. 2013.

MAZUTTI, Gustavo Cesar. **O sigilo bancário na jurisprudência do STF: proteção constitucional e questões sobre a sua relatividade**. São Paulo: 2011. 89 p. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/179_Monografia_Gustavo_Mazutti.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 489 a 508.

MULLIGAN, Daniel. Know Your Customer Regulations and the International Banking System: Towards a General Self-Regulatory Regime. **Fordham International Law Journal**, Nova Iorque, v. 22, n. 5, p. 2321 – 2372, 1998. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1647&context=ilj>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Seção III: Dos contratos de adesão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 621 - 627.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Destinatário Final e o “Consumidor Intermediário”. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011a. p. 901 – 933.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011b. p. 25 a 62.

REINALDO FILHO, Demócrito. A Diretiva Europeia sobre proteção de dados pessoais. Uma análise de seus aspectos gerais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3507, 6 fev. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23669>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

RESERVE BANK OF INDIA. **'Know Your Customer' (KYC) Guidelines – Anti Money Laundering Standards: RBI-2004-05/284**. [Nova Déli]: 2004. Disponível em: <<http://www.rbi.org.in/commonman/Upload/English/Notification/PDFs/58981.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

SALIM, Adib Pereira Netto. **A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do Empregador em acidentes de trabalho**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional da 3ª Região, v.41, n.71, p.97-110, jan./jun.2005. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. v.6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 475 a 488.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 8. ed. ver. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados . **Jornal Oficial nº L 281**, Luxemburgo, 24 out. 1995. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:pt:HTML>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Proteção dos dados pessoais**. Síntese da legislação da EU, 2011. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/l14012_pt.htm>. Acesso em 15 nov. 2013.

WATANABE, Kazuo. Capítulo I: Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 780 - 853.