

O *HABEAS DATA* COMO INSTRUMENTO DE MAXIMIZAÇÃO DE PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA, DA IMAGEM E SIGILO DE DADOS CONTRA OS BANCOS DE DADOS DE CONSUMIDORES

THE HABEAS DATA AS A MAXIMIZATION TOOL OF PROTECTION OF THE PRIVATE LIFE, IMAGE AND DATA SECRECY AGAINST CONSUMERS DATABASES

Bruno Miola da Silva¹

Claudio José Amaral Bahia²

Resumo

O Direito Fundamental à inviolabilidade da vida privada e à imagem previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal convive cotidianamente em colisão com diversos outros direitos fundamentais. Na sociedade informacional em que vivemos, em especial com o avanço tecnológico e da *internet*, as informações são veiculadas muito rapidamente, e porque não dizer instantaneamente. Os Bancos de dados de consumidores vêm a cada dia se transformando em poderosa ferramenta para maior segurança na concessão de crédito e combate à inadimplência. No entanto, também ocorre abuso por parte dos supostos credores e dos gerenciadores destes bancos de dados (Serasa, SPC etc), quer por não serem realmente credores, quer por não notificarem o suposto devedor. Utilizam-se de dados considerados invioláveis e sigilosos, por força do artigo 5º, inciso XII, da Constituição. Diante deste quadro, o consumidor, tendo sua privacidade e imagem violada indevidamente através da “negativação” de seu nome, não raras vezes tem uma prestação jurisdicional tardia e apenas reparadora, a fim tutelar seu direito fundamental constitucionalmente garantido da inviolabilidade da imagem, previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Neste contexto, podemos – senão devemos - nos socorrer do remédio constitucional *Habeas data* como meio eficiente de evitar a violação da vida privada e da imagem, protegendo um dos direitos fundamentais da personalidade humana, o que será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; vida privada; imagem; banco de dados; *habeas data*.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru-SP), especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogado. E_mail: brmiola@hotmail.com

² Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru. Professor do Programa *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado), mantido pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, em Bauru. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogado.

Abstract

The Fundamental Right to the private life and image inviolability fixed in the article 5º, item X, of the Federal Constitution has always been in conflict with many other fundamental rights, particularly with the information, inform and be informed, be informed and other economical interests. In the informational society we live, particularly with the internet and technological advance, the news are broadcasted very fast and, even instantly. The consumers' databases have become a powerful tool for a greater security in the credit granting and fight default. However, due to the information popularization, assumed creditors and data bases managers (Serasa, SPC, etc) have committed abuses, such as not being legitimate creditors, not giving notice to the assumed debtor or violating the image and causing harm to these consumers. Use is considered inviolable and confidential data, pursuant to article 5º, item XII, of the Constitution. Under this reality, the consumer who has his privacy and image incorrectly violated due to his name being included in credit protection institutions, usually has one late and just repairable jurisdictional repair, which doesn't provide a broad and efficient tutelage to his guaranteed constitutionally fundamental right of image inviolability fixed in the 5º article, item X, of the Federal Constitution. In this context, we should – must – look for the constitutional remedy *Habeas data* as an efficient way of avoiding the private life and image violation, protecting one of the human personality fundamental rights, which will be shown in this paper.

Keywords: Fundamental rights; private life; image; Database; *habeas data*.

1 Introdução

Está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no Título II, Capítulo I, artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No parágrafo primeiro do citado artigo consta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

Fazendo uma leitura combinada dos citados dispositivos, poderíamos chegar à conclusão de que, em hipótese alguma, poderia haver violação da imagem de determinada pessoa.

No entanto, bem sabemos que a vida numa sociedade desarmônica e pluralista acaba por desaguar na colisão de princípios, direitos ou interesses, que deverão ser ponderados, a fim de que seja aplicada a decisão constitucionalmente adequada ao caso concreto em exame.

Na hipótese retratada neste trabalho, como se notará mais adiante, podemos ter violação da vida privada e da imagem através dos chamados bancos de dados, em especial bancos de dados privados, como a SERASA, que tem como atividade precípua o armazenamento de dados e sua divulgação a qualquer interessado que pague certa quantia pecuniária para ter acesso a condição financeira de determinada pessoa.

Se não bastasse a dicção eloquente do artigo 5º, inciso X, da Constituição de 88, quanto à inviolabilidade da vida privada e da imagem, citamos, ainda, a inviolabilidade do sigilo de dados previsto no inciso XII³ do aludido dispositivo, apresentando como única exceção, ou seja, para sua quebra, no caso das comunicações telefônicas, a existência de ordem judicial específica para tanto, na forma da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A fim de proteger as informações constantes em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXII, o *Habeas data* como meio de conhecimento, retificação e supressão⁴ de dados inexatos, emergindo daí a inequívoca existência de todo um arcabouço normativo constitucional que protege a vida privada, a imagem e os dados dos indivíduos – ainda que estes dados se refiram à questões econômicas ; todavia, na prática forense nos deparamos com pouca aplicabilidade pelos operadores do direito das normas constitucionais, pois estes ainda preferem lançar mão, quase sempre, do direito infraconstitucional.

Em casos concretos temos visto que o consumidor “A” teve seu nome inscrito no rol de maus pagadores pela empresa de telefonia “B”, através de um banco de dados “C”, sem nada dever, ou seja, indevidamente. A partir do momento que citada empresa “B” informa dados da vida econômica privada de “A”, sem seu consentimento, ao banco de dados C, qualquer outra comerciante que pague por esta informação, ou seja, pague por este dado, a obterá.

Este dado econômico negativo da vida privada do indivíduo pode violar sua imagem de bom pagador no meio social e cercear sua atividade consumidora, pois, como dito,

³ Art. 5....

XII – é inviolável o sigilo de 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.

⁴ Veremos que a supressão de dados não consta expressamente do texto constitucional mas é admitida pela doutrina

qualquer interessado poderá saber de sua vida econômica, mesmo que o dado divulgado careça de legitimidade.

Este indivíduo não conseguindo resolver seu problema amigavelmente, socorreu-se do judiciário para anular o suposto débito e ter seu nome excluído deste banco de dados liminarmente, pois sabia que nada devia.

Para surpresa de “A”, um dos efeitos da tutela requerida liminarmente foi indeferido (exclusão do banco de dados negativo), sob o fundamento de que o credor tem o direito de negativar devedor, nos termos do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, independente da prova da prévia notificação do devedor, consoante Súmula nº 404 do STJ⁵.

Na prática forense constatamos que, em sua maioria, as liminares são negadas, sob o argumento de que não há prova inequívoca, verossimilhança da alegação e perigo pela demora.

Para a concessão da referida liminar, exige-se, além da comprovação dos requisitos acima, a garantia do débito *sub judice*⁶, o que se torna impossível, por parecer se tratar de uma prova negativa.

Ora, pois.

Suponhamos que o fundamento jurídico para que se excluísse o nome do suposto devedor fosse a violação da vida privada e de sua imagem, direitos constitucionalmente previstos no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, além do sigilo de dados constante no inciso XII do citado dispositivo, ter-se-ia todas normas de aplicação imediata e eficazes, de plano, para a solução da aludida problemática.

Estes bancos de dados de consumidores por vezes ferem o direito fundamental da inviolabilidade da vida privada, da imagem e do sigilo de dados, seja por seus abusos ou de terceiros que se utilizam de seus dados, e com a chancela do judiciário em possível afronta a

⁵ Súmula nº 404 STJ. É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em banco de dados e cadastros.

⁶ CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO. (...) Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido. (REsp 527618/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2003, DJ 24/11/2003, p. 214)

direitos da personalidade humana, em especial pela má utilização do remédio constitucional adequado, qual seja, o *Habeas data*.

Qual deveria ser a melhor interpretação pelo Estado Juiz ao se utilizar deste bojo normativo quando aparentemente se está violando direitos fundamentais da personalidade humana?

Seria o *Habeas data* instrumento hábil para proteção dos direitos fundamentais envolvidos no caso?

Vejamos.

2 O direito à vida privada e à imagem

Primeiramente, cumpre-nos tecer algumas considerações quanto aos conceitos de vida privada e imagem que trataremos neste trabalho.

O inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Pela leitura do texto, verifica-se que o constituinte tratou de forma autônoma a intimidade e a vida privada.

Inafastável conclusão diante da amplitude da temática ora posta em discussão, é a aceitação de que o direito à privacidade e à intimidade, pertencentes e inerentes ao indivíduo é decorrência lógica da implementação do princípio constitucional da proteção da dignidade humana como instrumento fundamental, eis que tanto a vida privada, por envolver todos os relacionamentos da pessoa, inclusive seus objetivos, suas aspirações e seus desejos, quanto a intimidade, em razão de circundar as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, fazem parte de sua estrutura.

Nesse particular, e pelo brilhantismo que lhes é peculiar, necessário se faz trazer a lume o pensamento dos constitucionalistas pátrios Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior (2011, p. 182/183), para os quais:

[...] a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e o segredo dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. Entretanto, como se disse, no território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa

envolvida, existe, por evidente, espaço para a violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada ‘tirania da vida privada’ – que ganha importância o conceito de intimidade. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada? Exatamente o direito de intimidade. Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita. Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria apostado um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao da privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações.

Conceito interessante nos é apresentado por José Adércio Leite Sampaio (1998, p. 268), que, ao discorrer sobre os termos intimidade e vida privada utilizados pelo constituinte, segundo regras etimológicas, assim se posiciona:

Verificamos que, sem embargo do sentido de “recôndito” ou “escondido”, intimidade traz em sua raiz um conteúdo intersubjetivo, relacional, de “proximidade”, “confidência” e “amizade”. Já vida privada parece significar algo isolado, distante, solitário, ligando-se ainda ao sentido de “apropriação”, de “propriedade”.

Melhor distinção resta quando vemos sua utilização no cotidiano, quando, por exemplo, alguém diz ter intimidade, normalmente se utiliza em relação a algo ou, principalmente, a alguém, demonstrando uma relação íntima com a outra pessoa, de confiança, de sentimento, entre marido e mulher ou melhores amigos.

Já, quando dizemos ou ouvimos “vida privada”, parece que estamos nos referindo a algo próprio, sem se referir a outra pessoa especificamente que se tenha proximidade ou intimidade; vida privada em relação a qualquer um da sociedade, entre iguais.

Danilo Doneda (2006, p. 111-112) fez longa análise sobre as expressões intimidade e privacidade utilizadas pelo constituinte, concluindo que somente o estudo delas seria objeto de um único e demasiadamente aprofundando trabalho, o que foge do interesse desse arrazoado, razão pela qual e utilizando-se dos conceitos já mencionados, preferiremos utilizar a expressão “vida privada”, nos sentido de privacidade de seus dados, com arrimo também em seus ensinamentos, a saber:

Utilizar o termo *privacidade* parece a opção mais razoável, e é a que foi feita por esta tese. O termo é específico o suficiente para distinguir-se de outras locuções com as quais eventualmente deve medir-se, como a imagem, honra

ou a identidade pessoal; e também é claro o bastante para especificar seu conteúdo, um efeito de sua atualidade. Mas esta escolha não é consequência somente da fragilidade das demais opções: ao contrário, ela revela-se por si só a mais adequada, justamente por unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada.

Já, o conceito de imagem e o desenvolvimento de seu estudo como um bem para o Direito, oportunizado pelo desenvolvimento tecnológico de captação e reprodução de imagem desde o século XIX, como o invento da fotografia em 1829 pelo químico francês Niceforo Niepce, sendo um meio instantâneo de captação da imagem e que, devido a esta instantaneidade, não necessariamente depende do consentimento da pessoa fotografada, diferentemente de outros meios de captação e reprodução da imagem, como a pintura, que nos trás a ideia do consentimento, mesmo que tácito, devido ao período de exposição necessário para feitura de seu retrato.

No Brasil, um dos mais relevantes estudos foi o realizado por Walter Moraes (1972, p. 64-65) que conceituou a imagem como “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o direito”.

Como ainda não havia previsão constitucional expressa sobre a proteção da imagem até o advento da Constituição de 1988, sua conceituação se baseava em doutrinadores civilistas, como o autor supracitado.

Com o advento da vigente Constituição, mais precisamente em seu artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, “a”⁷, houve expressa proteção da imagem, ensejando, por consequência, estudos de eminentes constitucionalistas, tendo o professor Luiz Alberto David Araujo (1996) trazido novos conceitos sobre a temática, subdividindo-a em imagem-retrato e a imagem atributo.

Esta dualidade de conceitos de imagens foi elaborada pelo citado professor que, com o advento da Constituição de 88, debruçou-se sobre o tema primeiramente através de sua

⁷ 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:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

(...)

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”

dissertação de mestrado e posteriormente, após críticas recebidas na defesa e outras colhidas na docência, ensejaram o livro *A proteção constitucional da própria imagem*, obra consagrada sobre o tema, expondo que:

O trabalho identifica duas espécies de imagem, protegidas constitucionalmente, trabalhando com cada uma das espécies. Há uma imagem-retrato, decorrente da identidade física do indivíduo, e uma outra imagem, de caráter mais moderno, distinta da honra, como se verá durante o trabalho, que envolve o indivíduo dentro de suas relações sociais. Chamaremos essa segunda espécie de imagem-atributo, situação que poderá ser aplicada às pessoas jurídicas. (ARAUJO, 1996, p. 17-18)

Evoluindo o conceito de imagem, esta não reside apenas no campo visual de questões físicas, mas, também, naquilo que exteriorizamos na sociedade, nosso modo de nos apresentarmos e o modo pelo qual queremos que outras pessoas nos vejam, situações essas que dizem respeito aos nossos atributos⁸.

Araujo (1996, p. 88) conceitua a imagem-atributo como o “conjunto de características sociais do indivíduo ou de determinada pessoa jurídica que o caracteriza socialmente”, e ainda que:

A imagem-atributo é consequência da vida em sociedade. O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. [...]. A imagem tem novo conceito, decorrente do desenvolvimento das relações sociais. O profissional tem sua imagem. O chefe de família tem uma imagem que, como é evidente, não se confunde com a imagem-retrato. Pode estar havendo violação da imagem profissional de um médico, sem que, em absoluto, haja qualquer violação à sua imagem-retrato. (ARAUJO, 1996, p. 31)

Seria então o retrato moral do indivíduo, empresa ou produto, aquilo que se exterioriza na sociedade e a imagem pela qual quer ser visto pela sociedade.

No caso da imagem-atributo os agentes danosos são os meios de comunicação, por isso a previsão do direito de resposta no inciso V, do art. 5º, da Carta de Outubro.

Principalmente com a invenção do rádio, em seguida da televisão e, posteriormente, de meios cada vez mais rápidos de comunicação, como a *internet*, hoje voz, imagens e dados

⁸ Atributo: 1 Aquilo que é próprio ou peculiar de alguém ou de alguma coisa. 2 Condição, propriedade, qualidade. 3 Sinal distintivo; símbolo: A coroa e o cetro são os atributos da realeza. Conforme Michaelis <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-Portugues&palavra=atributo>. Acessado em 04/03/2012

são divulgados quase que instantaneamente e, não raras vezes, de forma inescrupulosa e desprovida de mínima ligação com a realidade, podendo-se citar como exemplo.

E exemplos do quanto acima salientado não faltam, infelizmente, bastando, para tanto, rememorarem-se as matérias envolvendo os proprietários da Escola-Base, em São Paulo, mais precisamente em março de 1994, onde foi provada a falsidade da acusação; uma entrevista exibida no programa "Domingo Legal", do SBT, com dois supostos membros da facção criminosa PCC, fazendo ameaças a diversas personalidades; o episódio do badalado "Bar Bodega", também em São Paulo, entre muitos outros.

Os meios de comunicação de massa, mesmo exercendo sua atividade sob o regime de concessão, por estarem cada vez mais preocupados em auferir maior faturamento, entram em nossos lares com sensacionalismos e distorcem, de forma brutal, a imagem de determinada pessoa, empresa ou produto, desrespeitando, frontalmente, o previsto no art. 221 da Constituição Federal.⁹

Porém, cremos que hoje em dia não sejam apenas os meios de comunicação tradicionalmente conhecidos (rádio e televisão) que podem violar a imagem de alguém, mas qualquer outro meio de informações pessoais, como a *internet*, pois é consabido que seus sítios guardam diversos tipos de dados e os transmitem, aleatoriamente, à sociedade; aliás, não só transmitem, como comercializam, obtendo lucro sobre dados alheios.

Os meios de comunicação podem facilmente divulgar uma informação inverídica ou equivocada e, com isso, lesar a imagem-atributo de alguém, sendo obrigados, além da concessão do direito de resposta, a indenizarem os danos causados com tal atitude, como bem ilustra a ementa do julgado abaixo transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPORTAGEM EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO ESTADUAL SOBRE OPERAÇÃO DA POLICIA MILITAR PARA A PRISÃO DE TRAFICANTES. UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO AUTOR QUE NÃO CORRESPONDE AO CONTEÚDO DA MATÉRIA. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. EXCESSO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO.

1. A reportagem publicada pela demandada extrapolou os limites da liberdade de expressão. Atuação ilícita da empresa jornalística, que deveria ter preservado a imagem da parte autora, principalmente, porque o autor não

⁹ Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família

tem relação com o conteúdo da matéria jornalística, que visou o destaque de prisão de traficantes em todo o Estado. O autor foi abordado por policiais militares apenas para fins de averiguação de sua identidade, sendo liberado tão-logo confirmado se tratar de pessoa desenvolvendo atividade laboral no bairro, alvo da operação policial.

2. Fotografia do autor, juntamente com seu colega de trabalho, por ocasião da abordagem policial, dando o entendimento ao leitor de que se tratavam dos traficantes presos. Na imagem é possível identificar a autor.

3. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar. Evidente se mostra a ocorrência de dano moral. Trata-se de dano in re ipsa, que resta evidenciado pelas circunstâncias do fato.

4. Manutenção do valor da indenização, fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que se mostra justa para a recomposição dos danos, não caracterizando enriquecimento ilícito por parte do autor nem ônus demasiado à ré. Montante indenizatório fixado em conformidade com o entendimento desta Corte para casos semelhantes. NEGADO PROVIMENTO AO APELO E RECURSO ADESIVO. UNÂNIME”¹⁰.

Nesse eito, não se pode olvidar, pois, que “o direito de resposta é o instrumento especial e peculiar de reparação, não excluindo, de forma alguma, a indenização”, e que diante do poder da imprensa em divulgar informações, aludida garantia se converte em “uma forma constitucional de reparar a desigualdade de forças existentes no binômio imprensa-indivíduo” (ARAUJO, 1996, 112-117).

A imagem que queremos ver protegida é a imagem-atributo, pois não raras vezes ela é maculada por meios de comunicação que, ao registrarem dados que são acessados por qualquer interessado, violam a privacidade, a imagem e o sigilo das informações afetas ao consumidor, destruindo, por um dado equivocado, sua imagem honesta, de bom pagador, de cumpridor de suas obrigações, o que se cumpria a todo custo evitar.

Segundo explica Artur Martinho de Oliveira Junior (2007, p. 48-49):

Pode-se extrair do conceito desenvolvido anteriormente que a imagem, analisada por seu aspecto mais comum, é representação visual ou sonora da pessoa, todavia, não se descarta, de outro lado, que também seja imagem aquele conjunto de qualidades ou características do indivíduo que o distinguem, no meio social, das demais pessoas.

Dessa noção é que se chega à distinção entre imagem-retrato e imagem-atributo, respectivamente.

[...]

A imagem-retrato é aquela que reflete as características físicas, estéticas ou fisionômicas do indivíduo, independentemente do papel social por ele desempenhado, i.e., de sua posição profissional ou social na comunidade.

Já o conceito de imagem-atributo depende do papel social desempenhado pelo indivíduo no meio em que desenvolve suas atividades profissionais,

¹⁰ Apelação Cível n.º 70038432001, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 29/09/2010.

familiares, comerciais, econômicas, enfim, sociais. No dizer de Rizzatto Nunes, trata-se da imagem do chefe de família, do artista, do jurista, do jogador de futebol, do líder religioso, do presidente da República.

Vale dizer que a imagem-atributo é, portanto, o conjunto das características que o indivíduo demonstra no exercício de seu papel social. Ela se compõe dos atributos que o indivíduo reúne durante e por ocasião das atividades que desenvolve no meio social ou, ainda, se forma de acordo e como consequência daqueles atos que o indivíduo pratica durante sua vida no meio social de sua convivência, em sua comunidade. Se pratica atos bons, boa será sua imagem-atributo. Se pratica atos maus, má será sua imagem-atributo.

Por mais que o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal assegure “o direito a indenização pelo dano material ou dano material sofrido”, este não é o ideal de proteção da vida privada e da imagem, devendo ser evitado o dano, pois muitas vezes a reparação não será adequada ou será inócua.

Constate-se que este direito ínsito à dignidade da pessoa deve ser elevado ao mais alto grau de proteção pelo Estado, a fim de se evitar danos irremediáveis ao indivíduo.

É uma tutela que, quando colocada à frente do magistrado, deve levar em consideração que o bem juridicamente tutelado que está em risco é um dos direitos inatos da personalidade humana, analisando o caso com extrema prudência.

Adriano de Cupis (2004, p. 140) leciona que:

a necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão de sua imagem, deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução de suas próprias feições: o sentido cuidadoso da própria individualidade cria uma exigência de prudência, de reserva.

Robert Alexy (2008, p. 529), contribuindo na construção de nosso raciocínio no sentido de que o juiz, na apreciação de pedido de tutela jurisdicional que envolva a tutela de direitos fundamentais em face de supostos direitos positivados pelo direito privado, “o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influencia dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação”.

Dizemos isto, pois, muitas são as decisões negativas de liminares sob o fundamento de que o credor tem o direito de “negativar” o devedor. Mas, se a parte interessada argüir que o direito daquele suposto credor não é legítimo e que o exercício ilegal desse direito violará seu direito fundamental à inviolabilidade da vida privada e da imagem, entendemos que estes devam prevalecer.

Nessas condições, para equacionar a controvérsia não há como deixar de registrar, novamente a lição de Robert Alexy (1999, p. 67-79), na medida em que se apóia,

essencialmente, na aplicação da proporcionalidade (método da ponderação), enfatizando o grau de importância das consequências jurídicas dos direitos em choque, isto é, se a importância da concreção de um direito fundamental justifica a mitigação do outro.

Diante disso, a solução do caso *sub judice* reside numa ponderação entre dois princípios: o direito de informação e à imagem da pessoa, ambos garantidos constitucionalmente, que se apresentam em aparente contradição; todavia, a bem de harmonizá-los, já que não há antinomia entre preceitos constitucionais, busca-se o auxílio indispensável do critério da proporcionalidade, consoante bem leciona Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 129-130):

Com efeito, ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X do seu art. 5º, dispõe que ‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’. Isso evidencia, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias [...]. Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, indicam o princípio da proporcionalidade como sendo o meio mais adequado para se solucionar eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos de personalidade.

Denota-se que sendo o direito à inviolabilidade da vida privada, da imagem, atributos da personalidade humana, e alçado como um dos direitos fundamentais entalhados em nossa Constituição, há de ser maximizada sua proteção em seu maior grau, utilizando-se o magistrado das normas constitucionais que lhe dão guarida para evitar lesão a este bem de lúdima importância numa sociedade capitalista em que os direitos da personalidade estão se esvaindo em face de interesses de grandes grupos econômicos, ferindo o maior ditame constitucional lapidado a custo de suor e sangue, que é o da dignidade da pessoa humana, um direito não patrimonial, que nas palavras de Adriano de Cupis (2004, p. 143) deve-se “notar a prevalência de um direito não-patrimonial sobre um direito patrimonial, - o que é compreensível tratando-se, como sabemos, de um direito essencial”.

3 Os bancos de dados e o sigilo de dados

Os bancos de dados de proteção ao crédito surgiram como ferramenta para que comerciantes que pretendessem conceder empréstimo de dinheiro, vender a prazo ou qualquer outra forma de comércio que não tivesse o pagamento à vista como contraprestação, pudessem fazê-lo com maior confiança ao pretense consumidor, reduzindo os riscos da inadimplência.

Parte-se do princípio que quanto mais se conhece com quem se comercializa, mais crédito – no sentido adjetivo do termo – se dá a pessoa, facilitando a troca riquezas, baseada na confiança.

O preenchimento de fichas com dados pessoais passou a ser prática obsoleta diante da dinâmica e aumento do consumo de bens, em especial pelo avanço tecnológico e a produção em sério de bens, ou seja, perdeu-se aquele comércio de vizinhança para o comércio entre estranhos, ainda mais nos dias de hoje, aonde as pessoas sequer se vão ao estabelecimento comercial para aquisição do bem, sendo as compras feitas normalmente através da *internet*, pelas lojas virtuais.

Diante desta forma ultrapassada de armazenamento de dados, Leonardo Roscoe Bessa (2003, p, 28) diz que:

Percebeu-se, naturalmente, que a coleta de informações seria mais ágil, eficaz e barata se exercida por entidade voltada, com exclusividade, para tal fim. Em julho de 1955, 27 comerciantes reuniram-se em Porto Alegre, na sede da associação de classe, para findar o Serviço de Proteção ao Crédito – SPC. Poucos meses depois, em outubro de 1955, foi instituído em São Paulo sistema semelhante.

Deste embrião dos bancos de dados, circunscritos alguns comerciantes, hoje temos a SERASA, maior *bureau* de crédito do mundo fora dos Estados Unidos, detendo o mais extenso banco de dados da América Latina sobre consumidores, empresas e grupos econômicos.

Há mais de 40 anos presente no mercado brasileiro, a Serasa Experian participa da maioria das decisões de crédito e negócios tomadas no País, respondendo, *on-line* e em tempo real, a 4 milhões de consultas por dia, demandadas por 400 mil clientes diretos e indiretos.¹¹

Ressalte-se que basta o suposto credor acessar o sítio destes bancos de dados e inserir dados de terceiros que, a partir de então, qualquer interessado no mundo, que pague certa quantia, terá acesso aos dados de determinado consumidor, sem seu consentimento.

Hodiernamente há severas críticas a esses bancos de dados, seja pela falta de controle do Estado, seja pelo modo com que atua no interesse de grandes detentores do capital, sendo de relevo a transcrição das sábias palavras de Francisco Eduardo Pizzolante (2002, p. 115):

Essas estruturas de dominação e de exclusão atualmente empregadas dizem respeito não à separação do indivíduo da sociedade por meio de seu envio à prisão ou a plagas remotas, mas sim pela exclusão operada por meio da concentração e divulgação de informações a seu respeito, sejam estas de que natureza forem, e que, em determinados casos, quando dizem respeito a uma situação financeira não compatível com aqueles padrões desejados para a sociedade de consumo, operam efetiva segregação do indivíduo por meio do emprego das informações a seu respeito constantes dos cadastros dos bancos de dados.

Nesse diapasão, os bancos de dados ou de registros de indivíduos, sejam quais forem as naturezas das informações contém e divulgam, tornam-se o principal meio de contenção e exclusão ao menos no aspecto privado da vida, em uma sociedade onde o controle social migra do Estado para entidades de capital.

Pois bem.

Diante desta estrondosa veiculação de informações pessoais (CPF, endereço, situação econômico-financeira da pessoa), temos o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal que diz ser inviolável, dentre outros, o sigilo de dados¹².

Fazendo-se uma análise sistemática desse dispositivo, juntamente com o inciso LXXII¹³ do mesmo artigo, que trata do *habeas data*, conclui-se que os dados invioláveis são quaisquer informações constantes em banco de dados, quanto mais informações que possam violar a vida privada e a imagem do consumidor.

¹¹ Conforme informação obtida no sítio da empresa:

http://www.serasaexperian.com.br/serasaexperian/institucional/index.htm?category=rodape_home&action=Instituicao. Acessado em 12/03/2012.

¹² XII – é inviolável o sigilo de 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 do processo penal.

¹³ LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

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

Constata-se que há previsão constitucional de inviolabilidade de informações constantes em bancos de dados, mas estas informações estão há disposição de qualquer interessado em saber sobre a vida privada econômica de qualquer consumidor, afrontando, por consequência, a proteção da dignidade humana plena.

Por fim, ressalta-se que estas informações são veiculadas na sociedade do consumo sem o consentimento da pessoa a qual a informação diz respeito, e ainda estes bancos de dados lucram sobre informação alheia, violando sua privacidade e sua imagem.

4 O *Habeas Data* como instrumento de proteção da vida privada, da imagem e dos dados dos consumidores.

Traçados os institutos até então violados pela divulgação abusiva de dados dos consumidores, temos que buscar um meio que inviabilize tal mácula, não buscando apenas uma reparação pecuniária pela violação e ofensa a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, mas a imediata cessação da violação, podendo nos socorrer do *habeas data*.

Corroborando com o supra aduzido, afirma Calmon de Passos (1989, p. 139) que “[...] para a tutela do direito de obter informações de caráter pessoal, isto é, informações que dizem respeito à pessoa titular do direito à informação, ou para retificar essas, previu nossa Carta Magna o remédio do *habeas data* [...]”.

De fato, o *habeas data* tem sua previsão legal no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal do Brasil.

Seu procedimento é previsto na Lei nº 9.507, de novembro de 1997, que “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”¹⁴.

O *habeas data* é remédio constitucional que tem como objeto o “asseguramento do acesso às informações pessoais do impetrante constante dos registros de dados de entidades governamentais ou de caráter público com o fim de retificação” (BASTOS e MARTINS 1988-1989, p. 362).

Valiosa, também, é a definição feita por Tereza Baracho Thibau (1997, p. 102), a saber:

[...] Podemos, finalmente, concluir que o *habeas data* constitui uma garantia constitucional, que se reveste de instrumentalidade para provocar a atividade jurisdicional (ação), no sentido de proteger direitos individuais, referente ao

¹⁴ Não é objeto deste trabalho o estudo de questões procedimentais, e sim seu objeto.

controle do armazenamento e acesso aos dados pessoais, desde que, solicitados pelo seu titular, não seja este atendido (remédio). Para tanto, de forma imediata, prevê o direito de conhecimento e eventual retificação e complementação de tais registros. E, implicitamente, protege a esfera íntima dos indivíduos, na medida em que possibilita a correção de dados falsos, dessa natureza, que porventura estejam maculando sua identidade pessoal [...]”.

A alínea “a” do citado dispositivo constitucional fala em entidades governamentais e ou de caráter público.

O que seriam estas entidades de caráter público?

No Código de Defesa do Consumidos podemos encontrar tal definição, pois em seu Capítulo V (Das práticas comerciais), Seção VI (Dos bancos de dados e cadastros de consumidores), artigo 43, §4º, assim descreve:

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

[...]

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

De acordo com o que consta no citado dispositivo, conclui-se que órgãos como SERASA, SPC, CHECK-CHECK etc, são pessoas jurídicas de direito privado, mas, a lei as considerou como sendo de caráter público, para que os jurisdicionados prejudicados pudessem se valer do remédio constitucional *habeas data*, medida de maior efetividade, em tese.

Com efeito, segundo o entendimento jurisprudencial vigente, se a pretensão da parte é o acesso, por exemplo, a dado do registro negativo de crédito, “pontuação”, e esclarecimentos acerca do sistema, dentre outros, deve impetrar *habeas data*, em consonância com o já por vezes mencionado art. 5º, LXXII, a e b, da Constituição Federal.

Vejamos:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRETENSÃO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES EM NOME DA AUTORA NO SERASA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. FEITO EXTINTO.

Mostra-se inadequado o ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos, quando pretende a parte autora a obtenção de informações de caráter público constantes do bando de dados da requerida. Hipótese que, nos termos do art. 5º, LXXII, "a", da Constituição Federal, recomenda o manejo de *habeas data*, e não de ação cautelar de exibição de documentos.

Preliminar de falta de interesse de agir acolhida. Feito extinto (art. 267, VI, do CPC). Precedentes. PROVIMENTO DO APELO DA RÉ, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA”¹⁵.

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA FORNECIMENTO DE DADOS DO CONSUMIDOR EM SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO.

Não se presta a ação cautelar de exibição de documentos para atender pretensão de fornecimento de informações existentes acerca da autora em cadastro de serviço de proteção ao crédito. O remédio jurídico processual adequado para tanto é o *habeas data* (art. 5º, LXXII, *a*, da CF/88 e art. 43 do CDC). Doutrina e precedentes jurisprudenciais. Destarte, ausente pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, é de rigor a sua extinção, de ofício, sem resolução de mérito, forte no art. 267, IV do CPC. Apelação prejudicada. PROCESSO EXTINTO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, FORTE NO ART. 267, IV DO CPC. APELAÇÃO PREJUDICADA”¹⁶.

Os grandes detentores do poder econômico como bancos, operadores de cartão de crédito, empresas de telefonia e grandes redes de varejo, entre outros, utilizam-se destes bancos de dados para obterem informações econômicas de seus possíveis clientes ou para inserirem informações, muitas vezes ilegais, irreais ou inexatas.

Nas palavras de James Marins (1998, p. 583):

No setor de crédito ao consumidor, pessoa física ou jurídica, as instituições financeiras fiam-se solenemente nesses bancos de dados, que são “cadastros de consumo de crédito ou de bens”, de acesso instantâneo gerenciados por cérebros eletrônicos. Não raro, tais mecanismos albergam graves distorções, seja por falta de atualização dos dados ou de precisão na forma como a informação está registrada ou é transmitida, causando problemas e danos de diversa ordem aos consumidores, especialmente na sensível área do crédito, quer se trate de pessoas físicas ou mesmo de empresas cuja sobrevivência resta, no mais das vezes, amarrada à obtenção de crédito, para capital de giro ou novos investimentos.

Estas informações inexatas cadastradas e divulgadas publicamente afrontam os direitos da personalidade tratados no item anterior, em especial a imagem da pessoa.

No entanto, dúvida que surge é se o *Habeas data* seria cabível para suprimir tais informações, excluí-las dos bancos de dados.

Note-se que o inciso LXXII do artigo 5º da CF fala em “conhecimento de informações” e “retificação” de dados.

¹⁵ Apelação Cível n.º 70040844821, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 24/02/2011.

¹⁶ Apelação Cível n.º 70039704531, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 16/02/2011.

O artigo 7º, incisos I, II e III, da Lei nº 9.507/97 fala em “assegurar conhecimento”, “retificação de dados” e “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”¹⁷, respectivamente.

Contudo, a doutrina não vacila quanto ao entendimento de que também é cabível a supressão de informações inexatas, conforme palavras de Teresa Arruda Alvin Wambier (1998, p. 86): “o objetivo do *habeas data*, como visto é a retificação de dados. Esta expressão deve ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa.”

José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 12), ao tratar do tema, também explanou entendimento nesse sentido:

Por via indireta, alargou a franquia constitucionalmente deferida: não se reconhece apenas um direito ao reconhecimento de dados ou à retificação dos inexatos, mas também a anotação de contestações ou explicações. Sublinhe-se que anotar contestação ou explicação não é o mesmo que retificar dado constante no bando ou registro: na retificação modifica-se (ou, eventualmente, cancela-se) algo; na anotação acrescenta-se algo ao que consta do banco ou registro.

Quanto à supressão de informações dos bancos de dados, o direito alienígena também nos fornece fundamentos para tanto. Vejamos:

No deberá hacerse, en este primer análisis, distinción alguna sobre si se trata de una persona que actúa en defensa de sus derechos, un funcionario público o una organización legitimada para actuar, ya que la ley le garantiza por la presente vía:

- 1) Conocimiento de fatos referidos a su persona que se encuentren de cualquier forma registrados o almacenados, lo cual implica el acceso a los mismos.
- 2) En caso de falsedad de los datos podrá:
 - a) Exigir la *supresión*. Ello implica lisa y llanamente la eliminación de la registración.
 - b) Exigir la *rectificación*. Indica la modificación o cambio de la información existente por la aportada; seguirá existiendo la misma, pero adecuada al aporte efectuado.
 - c) Exigir la *actualización*. Se encuentra íntimamente ligada con la rectificación, ya que aquí se persigue una modificación de registro de datos,

¹⁷ Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

II - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

debido a que son antiguos, han perdido vigencia o interés.” (PIERINI, LORENCES e TORNABENE 1998, P. 143).

O *habeas data* é o remédio constitucional que assegura às pessoas físicas e jurídicas o conhecimento de registros concernentes aos postulantes, constantes em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para informação ou retificação de seus dados pessoais, de modo que “todo titular tem o direito de exigir do responsável pelo tratamento o cancelamento de seus dados pessoais armazenados de forma inexata e, assim mesmo, dos dados incompletos que nunca deveriam ser registrados” (ÁBALOS e CANALS, 2002, p. 389) (tradução livre).

Mesmo não estando prevista, de forma escrita, a supressão ou cancelamento de dados inexatos ou ilícitos utilizando-se do *habeas data*, esta posição vem sendo albergada pela melhor doutrina.

Como estamos tratando de bancos de dados de consumo, imprescindível mencionarmos conceitos que regem este sistema e que maximizam a proteção do consumidor.

No mercado de consumo, é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, sendo este um dos princípios vetores do Código Consumerista, estampado em seu artigo 4º, inciso I.¹⁸

José Filomeno (BENJAMIN, 2007, p. 69), comentando o citado dispositivo e conceituando a vulnerabilidade do consumidor quanto a sua tutela, menciona que:

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é quem detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

[...]

E exatamente por isso é que, dentre os direitos básicos do consumidor, está a facilitação de seu acesso aos instrumentos de defesa, notadamente no âmbito coletivo, com o estabelecimento da responsabilidade objetiva, aliada à inversão do ônus da prova.

Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, isto já poderia ser o suficiente para uma efetiva proteção de sua imagem na sociedade de consumo, evitando-se prejuízos desnecessários.

¹⁸ 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 entanto, a fim de potencializar a proteção do consumidor vulnerável, temos o artigo 83 do mesmo diploma legal, dizendo que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

Kazuo Watanabe (BENJAMIN, 2007, p. 585) lecionando o tema com maestria, cita também o *habeas data* com um dos instrumentos para proteger o consumidor e seus direitos fundamentais, a saber:

Uma outra consequência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança de visão do mundo, fundamentadamente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

[...]

E para a tutela de direitos não patrimoniais, o ordenamento jurídico nosso é muito acanhado, principalmente nas relações entre particulares. Na relação entre o particular e o poder público, conta o nosso ordenamento jurídico com ações potenciadas, eficazes e céleres, como o mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular e agora também o *habeas data*.

Há, ainda, no plano infraconstitucional outro dispositivo legal que dá plena proteção aos direitos da personalidade – direito fundamental -, que é o artigo 12 do atual Código Civil, ao dispor que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, dispositivo pouco citado pela doutrina, jurisprudência e também na prática forense.

Aliás, o parágrafo único do aludido dispositivo admite, expressamente, a possibilidade de o cônjuge sobrevivente e os herdeiros pleitearem a reparação por danos decorrentes da violação de direitos da personalidade do parente falecido, incluindo o direito à imagem:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

A propósito, os ensinamentos de Gustavo Tepedino (2007, p. 35-36)

O parágrafo único do dispositivo é alvo de profunda controvérsia. Tendo em vista a impossibilidade de sucessão nos direitos da personalidade, pois, intransmissíveis que são se extinguem com a morte do titular, diversas teorias visam a explicar a legitimidade do cônjuge e dos parentes para

garantir a proteção da personalidade post mortem. Capelo de Sousa lista cinco posições sobre a natureza da previsão: i) direitos sem sujeito; ii) dever jurídico legal; iii) personalidade parcial; iv) direito das pessoas vivas afetadas; e v) direitos do falecidos dos quais as pessoas vivas seriam fiduciárias (O Direito Geral da Personalidade, pp. 364-365). Diante da polêmica, cabe ressaltar que embora a morte do titular implique a extinção dos direitos da personalidade, alguns dos interesses resguardados permanecem sob tutela, como ocorre, p. ex., com a imagem, o nome, a autoria, a sepultura e o cadáver do falecido. O ordenamento, portanto, confere legitimidade ao cônjuge e aos parentes, que seriam os efetivamente afetados pela lesão ou demandar reparação por seus efeitos.

Veja que o legislador, não se utilizando de palavras inúteis ou de sentido duvidoso, utilizou-se da palavra “exigir” que cesse a ameaça ou lesão a direito da personalidade, não se tratando, então, de um mero pedido, mas sim, de uma exigência, uma ordem ao Poder Judiciário, para que este, ao se deparar ameaça ou lesão aos direitos fundamentais, maximize sua aplicação, evitando-se a concretização de qualquer lesão nesse sentido.

A lição acima transcrita, utilizando-se do dito popular, caiu como uma luva em nosso raciocínio, pois é exatamente isto que pretendemos demonstrar, qual seja, a maior proteção possível dos direitos da personalidade frente aos direitos econômicos, pelos mais variados meios processuais, no caso e em especial, o *habeas data*.

Mesmo a previsão contida no artigo 19¹⁹ da Lei 9.507/97, determinando a prioridade no trâmite do *habeas data* sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas corpus* e mandado de segurança, não assegura a total proteção, pois o dano é imediato caso não seja excluída liminarmente a “negativação”, protegendo assim a imagem.

James Marins (1998, p. 590) assim leciona:

Em muitas circunstâncias, para o provimento jurisdicional esperado pelo na ação de *habeas data* se afigure útil, haverá de ser concedida a tutela antecipada para que, presente os requisitos do art. 273 do CPC, c/c o art. 84, § 3º, do CDC, liminarmente, de forma imediata, se dê adequado acesso e/ou retificação de dados e comunicação consumidor a eventuais destinatários de informações incorretas, na forma como prescreve o art. 43, §3º, do CDC, ou ainda a anotação de contestação ou explicação sobre o dado verdadeiro, mas justificável, e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Nos termos do artigo 273, inciso I, do Código de Processo Civil, é sabido que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da

¹⁹ Art. 19. Os processos de *habeas data* terão prioridade sobre todos os atos judiciais, exceto *habeas-corpus* e mandado de segurança. Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

verossimilhança da alegação e: haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

A doutrina pátria entende que, para o exame da tutela jurisdicional antecipatória, há que se analisar a presença da verossimilhança do direito invocado, cumulado com a possibilidade da ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação, a ser constatado em cognição sumária.

Sobre cognição sumária, o ilustre processualista Kazuo Watanabe (1987) assevera que a cognição sumária constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de um processo que tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni (1995, p. 24-67) leciona o seguinte:

A antecipação fundada no art. 273, inciso I, pode ser concedida antes de produzidas as provas tendentes à demonstração dos fatos constitutivos do direito, o que não acontece no caso do mandado de segurança. A antecipação é fundada na probabilidade de que o direito afirmado, mas ainda não provado, será demonstrado e declarado.

Nesse aspecto, e diante da inequívoca aplicação da legislação consumerista em casos tais, a necessidade de concessão da antecipação de tutela nas ações de *habeas data*, a fim de evitar grave lesão ao tutelado, também se justifica pela chamada “teoria do diálogo das fontes”, defendida por Cláudia Lima Marques, por meio do qual se aplicam dois diplomas legais de forma simultânea, dependendo qual for o mais favorável ao consumidor.

Por outras palavras, na hipótese, tem-se que os acima citados artigos da Lei nº 9.507/97 e do CPC, devem ser lidos a partir da ótica dos princípios e regras de proteção ao consumidor, *id est*, devem-se combinar as duas fontes normativas em prol da parte mais vulnerável no sistema de relações de consumo (teoria do diálogo das fontes²⁰).

Assim, verifica-se que o *habeas data* possui todos os pressupostos para maximizar a proteção da privacidade e imagem do consumidor e proteger a violação de seus dados, circunstância essa, por óbvio, que não está a impedir, quando necessário, a integração de todo o sistema jurídico, visando, sempre, a máxima efetividade na solução dos conflitos de interesses que se apresenta a discussão.

²⁰ V. sobre o tema Cláudia Lima Marques, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2004, p. 24.

Se temos um remédio constitucional que versa sobre banco de dados e estes dados podem violar a privacidade e imagem do consumidor, é dele que devemos nos servir, para todos os fins e efeitos de direito.

5 Conclusão

Considerando todo o arcabouço de direitos fundamentais que protege a vida privada, a imagem e o sigilo de dados e o instrumento processual constitucional que tem como objetivo o trato de informações contidas em bancos de dados, constatamos uma forma de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais para proteção do consumidor.

Vivemos uma devassa da privada devido ao fluxo e os meios de captação e divulgação de informações, ou seja, de dados.

Ora, não se pode aceitar que interesses de empresas privadas se sobreponham aos direitos fundamentais da personalidade humana que, partindo de uma cláusula geral de liberdade, evoluem há séculos chegando ao patamar constitucional.

Temos todos os fundamentos para pleitear e conseguir, ao menos liminarmente, ou seja, no limiar de uma ação judicial, a exclusão de dados inseridos em bancos de dados enquanto perdurar o litígio sobre a legitimidade de um suposto crédito.

Não pensar desta forma é “coisificar” o ser humano, ou seja, tratá-lo como coisa, a mesma coisa que um crédito, de mesmo valor constitucional, o que não pode ser aceito, sob pena de desobediência ao maior ditame constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Comercializar dados sigilosos que afrontam a vida privada e a imagem da pessoa não nos parece uma prática aceitável hodiernamente, quando o que se busca é uma maior valorização do ser humano.

O que nos parece é que há uma subutilização deste remédio constitucional para o fim ao qual foi criado. Além disto, bem sabemos que as normas constitucionais são pouco utilizadas como fundamento das teses apresentadas ao judiciário, e quando isto é feito, parece assunto estranho, sem efetividade para os operadores do direito, em especial a quem é dirigido o pleito, ou seja, ao juiz que muitas vezes ainda tem o Código Civil como o principal ordenamento jurídico das relações privadas, pensamento este que hoje já não deve mais ser aceito.

Como asseverado, muitas vezes o que está em discussão são bens da personalidade humana em face de um bem patrimonial.

Na ponderação destes direitos, entendemos que, sem dúvida alguma, deve se privilegiar e proteger os direitos da personalidade, inatos à condição humana, um direito fundamental.

O manejo dos dispositivos constitucionais como o artigo 5º, incisos V, X e XII e LXXII, as Leis 8078/90 e 9.507/97 e o artigo 273 do Código de Processo Civil, viabiliza a total proteção do consumidor frente aos abusos perpetrados pelos bancos de dados que acabam por ferir bens e direitos da personalidade humana, direitos estes protegidos constitucionalmente com o fim precípua de dignificar o ser humano, diferenciando-o do resto das coisas, dos outros bens, da troca, da mercancia.

O *habeas data* como instrumento com constitucional poderá ser utilizado para a proteção dos direitos da personalidade frente bancos de dados de consumidores, devendo, diante do caso concreto, ser deferida liminar para exclusão de dados incorretos destes bancos de dados, maximizando a eficácia dos direitos fundamentais da personalidade humana, protegendo-se a vida privada, a imagem e o sigilo de dados do ser humano em face de um direito creditício do qual o suposto credor que possui outros meios para sua satisfação. Somente ao final de um processo, administrativo ou judicial, garantidos os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, é que se poderá cogitar a inscrição do nome ou qualquer dado referente ao consumidor, definitivamente considerado devedor.

Lancemos mão deste instrumento.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**, Revista de Direito Administrativo, Renovar, n.º 217, p. 67-79, 1999.

ÁBALOS. María G., CANALS, Olga P. Arrabal, (Coord.) **Derecho a la información, Habeas data e internet**. 1 ed. Buenos Aires: Editora La Rocca. 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Verbatin. 2011.

- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1999.
- BENJAMIN, Antonio Herman. (et al.). **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. Madrif: Editorial Trota, 1999.
- LORENCES, Valentin. PIERINI, Alicia. TORNABENE, María Inés. **Hábeas data: Derecho a la intimidad**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação de Tutela na Reforma do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- MARINS, James. “Habeas **data**”, **antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do CDC**. Revista da AJURIS, Porto Alegre/RS, v.2, n.0,p.583-592.
- MORAES, Walter. Direito à própria imagem. Revista dos Tribunais. v.443, ano 61, set. 1972, p. 64-81.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora**. Genesis Revista de Direito Processual Civil. v.3, n.7, jan. - mar.1998, p.7-22.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 2 ed. rev., mod. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- OLIVEIRA JUNIOR, Artur Martinho de. **Danos morais e à imagem**. São Paulo: Lex Editora. 2007.
- PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, habeas data (Constituição e Processo)**. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3 ed. Barueri: Manole, 2009.
- PIZZOLANTE, Francisco Eduardo O. P. e A. **Habeas data e banco de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação, e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

TEPEDINO, Gustavo. BARBOSA, Heloísa Helena Barbosa. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora RENOVAR, 2007.

THIBAU, Tereza Baracho. **O *habeas data***. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). ***Habeas data***. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.