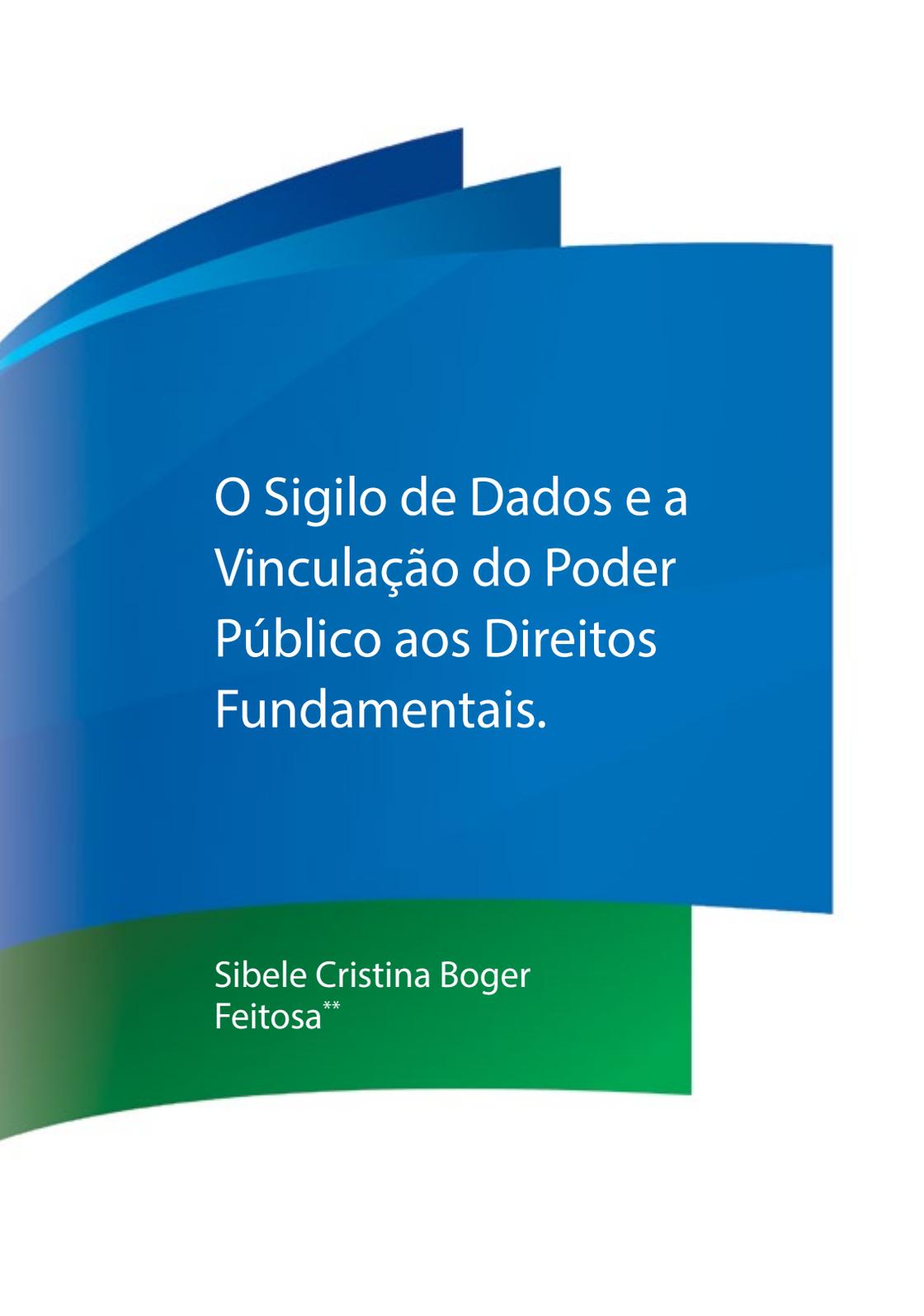


# Artigos

The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a large blue shape, and the bottom part is a green shape. The text is centered within these shapes.

# O Sigilo de Dados e a Vinculação do Poder Público aos Direitos Fundamentais.

Sibele Cristina Boger  
Feitosa \*\*

## 1. Introdução<sup>1</sup>

A Constituição de 1988 introduziu inovações significativas na seara dos direitos fundamentais<sup>2</sup>. A importância atribuída aos direitos fundamentais e o reforço do seu sistema jurídico são resultado da reação do legislador constituinte originário ao regime autoritário da ditadura militar e fruto do processo de redemocratização do país, fortemente influenciado pelo constitucionalismo do pós-guerra. A previsão expressa da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, §1º, CRFB/88) e a vinculação dos Poderes Públicos aos seus preceitos podem ser apontadas como inovações expressivas veiculadas pela Constituição vigente.

Considerando o caráter compromissório da Constituição de 1988 e a impossibilidade do legislador regular todos os conflitos jurídicos, é corriqueira a situação em que a ausência de legislação exige do intérprete a conciliação harmônica de valores constitucionais que incidem ao mesmo tempo sobre determinado caso concreto, mas apontam para resultados distintos. Parte da produção científica pátria tem sido dedicada ao desenvolvimento de métodos aptos a solucionar o conflito entre princípios constitucionais, bem como à definição de parâmetros para a ponderação de valores e interesses<sup>3</sup>.

A questão referente ao sigilo a ser conferido pelo Estado aos bancos de dados públicos e à importância do crédito para o desenvolvimento do

---

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2010.

<sup>1</sup> Tese apresentada e aprovada no XXVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Belo Horizonte/MG em 2011.

<sup>2</sup> Dentre as principais inovações trazidas pela Constituição de 1988, Ingo Sarlet destaca a situação topográfica dos direitos fundamentais no início da Lei Maior, a previsão de direitos sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais, a ampliação do rol de direitos protegidos pelo constituinte e a positivação da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-67.

<sup>3</sup> Sobre o tema: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

mercado de consumo recai neste tipo de contraposição, como será analisado nos tópicos seguintes.

Estando intimamente relacionado ao direito à privacidade, o sigilo de dados constitui tema de crucial importância para a garantia da dignidade da pessoa humana, especialmente na sociedade capitalista atual, em que as mudanças tecnológicas e a evolução da informática permitem uma rápida troca de informações a respeito do indivíduo.

O objetivo precípuo do presente trabalho é analisar a possibilidade jurídica do Estado franquear à empresa de proteção ao crédito o acesso a informações pessoais constantes do banco de dados públicos, através da celebração de convênio com a finalidade de reduzir a quantidade de fraudes ocorridas no âmbito empresarial. A questão atrai a incidência simultânea do direito fundamental ao sigilo de dados e dos princípios relacionados à ordem econômica, valores constitucionais que apontam para direções opostas.

Tendo em vista a ausência de regulamentação específica, utilizaremos, em primeiro lugar, o método da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade para equacionar o impasse. Em seguida, analisaremos a Lei 12.414/2011 e o princípio da analogia como metodologia complementar à interpretação constitucional anteriormente realizada.

O presente estudo está dividido em duas partes. Em um primeiro momento, serão apresentadas as premissas teóricas necessárias à compreensão do raciocínio a ser desenvolvido, sistematização que se fará da seguinte forma: (i) considerações a respeito da nova hermenêutica constitucional, em especial sobre a teoria dos princípios, ponderação de interesses e a importância dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo; (ii) eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação do Poder Público aos seus preceitos; (iii) possibilidade de restrição ao âmbito normativo dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como limite.

Em um segundo momento, buscar-se-á harmonizar os princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto supracitado, a partir da construção de argumentação jurídica pautada nas seguintes premissas: (i) utilização do método da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade como parâmetros norteadores da interpretação constitucional a ser empreendida; (ii) análise da Lei Federal 12.414/2011 – Lei do Cadastro Positivo – e considerações sobre a técnica da analogia como método hermenêutico complementar.

## 2. A pré-compreensão do tema e a nova hermenêutica constitucional

A análise que se segue parte de consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado em que empresa de proteção ao crédito requer, ao Poder Público, o acesso aos dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN, com vistas à redução do número de fraudes perpetradas nas tratativas empresariais.

Trata-se de questão de viés eminentemente constitucional, tendo em vista que sua solução exige a conciliação harmônica de dois grupos de bens jurídicos constitucionalmente protegidos – de um lado, o direito ao sigilo de dados e o direito à privacidade; de outro, os princípios relacionados à ordem econômica, em especial a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional, este último apontado pelo legislador constituinte originário como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, CRFB/88). O equacionamento do conflito pressupõe a ponderação dos valores constitucionais aplicáveis ao caso concreto, razão pela qual se faz adequada uma breve apresentação de premissas teóricas inerentes à hermenêutica constitucional contemporânea, essenciais para a compreensão do raciocínio jurídico a ser delineado.

Antes da referida exposição, vale a pena ressaltar que a interpretação constitucional não tem a pretensão de definir verdades absolutas e atemporais. Como bem observado por Luís Roberto Barroso, “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”<sup>4</sup>. Não obstante, o resultado do processo exegético requer argumentação jurídica consistente e racional que possibilite a aferição do caminho percorrido pelo intérprete na busca de determinada conclusão, pressuposto que se buscará satisfazer no presente estudo.

A seguir, algumas sucintas considerações sobre as premissas teóricas necessárias à compreensão da tese a ser desenvolvida: a teoria dos princípios, a ponderação de interesses e noções básicas sobre a supremacia dos direitos fundamentais.

A teoria dos princípios<sup>5</sup>, um dos pilares da moderna dogmática constitucional, foi construída a partir da ideia de que as normas jurídicas se subdividem em duas categorias distintas: princípios e regras. Com a mudança de paradigma consagrada pelo Pós-Positivismo, a Constituição passa a ser considerada como um sistema jurídico composto por princípios e regras, de modo que a carga valorativa inerente aos princípios deixa de ter dimensão puramente axiológica e passa a gozar de normatividade<sup>6</sup>, pressuposto que anteriormente se limitava às regras.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. nº 222, p. 179-212, out./dez. 2000.

<sup>5</sup> Existe vasta produção acadêmica, inclusive na doutrina nacional, a respeito da diferença entre princípios e regras: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado nº 4, out./dez.2006, p. 23-51; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>6</sup> A diferença entre princípios e regras e o postulado da normatividade dos princípios são premissas frequentemente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: “A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição”. (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 04 e 05/05/2011. Informativo 625, STF).

De acordo com as concepções doutrinárias de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>7</sup>, as regras possuem caráter objetivo e veiculam “mandados de definição” que funcionam na modalidade do “tudo ou nada”. A aplicação das regras se dá através do mecanismo tradicional de subsunção, de modo que ocorrendo a situação prevista no seu relato, a regra será aplicável. Existindo conflito entre regras, apenas uma delas irá prevalecer.

De outro lado, os princípios são considerados “mandados de otimização” que possuem um maior grau de abstração e incidem sobre um conjunto indeterminado de situações. É inviável definir, *a priori*, as hipóteses contempladas em seu conteúdo. Os princípios são normas jurídicas dotadas de forte dimensão axiológica que veiculam valores a serem protegidos e finalidades públicas a serem perseguidas, razão pela qual, diferentemente das regras, sua aplicação não se dá sob a lógica do “tudo ou nada”. Tendo em vista a insuficiência do método subsuntivo para resolver conflitos entre princípios, a interpretação constitucional requer métodos exegéticos capazes de “lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão”<sup>8</sup>.

Nesse contexto, surge a ponderação de interesses como técnica apta a solucionar o conflito entre princípios através do que se convencionou chamar de “balanceamento e sopesamento” dos bens jurídicos incidentes sobre determinada situação concreta, premissa metodológica adotada de forma recorrente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Autores responsáveis pela mudança de paradigma introduzida pela teoria dos princípios: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1997; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 357.

<sup>9</sup> Nesse sentido: “Os dois vetores mostram-se, assim, inconciliáveis, de modo que a prevalência de um leva ao afastamento da eficácia normativa do outro para a solução da presente controvérsia. Em um cenário como este, e na linha do que já mencionado, a única opção metodologicamente válida é a utilização, por esta Corte Constitucional, da técnica da ponderação” (RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Voto-vista do Min. Luiz Fux. Acórdão pendente de publicação – Transcrições do Informativo 631, STF).

De forma bastante resumida, o método ponderativo se divide em três principais fases: (i) preliminarmente, o intérprete deve identificar quais os princípios, valores ou interesses constitucionais relevantes para a solução do impasse e os possíveis conflitos entre eles; (ii) em segundo lugar, o aplicador do direito deve analisar as circunstâncias fáticas inerentes ao conflito e verificar como se dá a sua interação com os enunciados normativos<sup>10</sup> identificados na primeira etapa; (iii) por fim, o exegeta deve sopesar os princípios aplicáveis ao caso concreto, definir o peso a ser atribuído a cada um e decidir qual norma jurídica deve preponderar naquela situação específica. Esse processo de “balanceamento e sopesamento” dos bens jurídicos tem como parâmetro norteador o princípio da proporcionalidade, premissa consagrada na doutrina<sup>11</sup> e jurisprudência<sup>12</sup> como método de controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, com vistas à melhor realização da vontade constitucional.

Por fim, é importante ressaltar a supremacia dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno e sua indissociável vinculação com as premissas teóricas já apresentadas. As ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais estão intimamente relacionadas, tendo em vista que surgiram com a finalidade comum de estabelecer limites aos Poderes Públicos.

---

<sup>10</sup> Nesse contexto, é importante que se compreenda a diferença entre norma e enunciado normativo. O enunciado normativo diz respeito à literalidade do dispositivo legal, na sua dicção abstrata. A norma é o resultado do processo exegético e representa a solução constitucionalmente adequada para solucionar o conflito.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>12</sup> Confira-se: “Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência. (...) E é somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, que cabe ao intérprete fazer o uso da técnica da ponderação de valores, instrumentalizada a partir do manuseio do postulado da proporcionalidade”. (RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Voto-vista do Min. Luiz Fux. Acórdão pendente de publicação – Transcrições do Informativo 631, STF).



Percebeu-se, ao longo da história, que a previsão de procedimentos relacionados à organização do poder e à repartição de competências entre os órgãos estatais é insuficiente para promover justiça, sendo indispensável que a Constituição albergue valores, direitos e liberdades fundamentais que limitem e ao mesmo tempo legitimem o exercício do poder estatal. Nesse contexto, os direitos fundamentais, além de representarem instrumentos de defesa do indivíduo em face da arbitrariedade estatal, passam a gozar de uma dimensão axiológica de suma importância capaz de lhes atribuir o status de fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

### 3. Eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação do Poder Público aos seus preceitos

A questão referente à eficácia das normas constitucionais passou a ocupar papel de destaque no direito constitucional a partir da consagração do princípio da força normativa da Constituição. A perspectiva segundo a qual a Constituição não se reduz a um “simples pedaço de papel”<sup>14</sup> que reflete as relações de poder existentes, mas, ao contrário, possui uma pretensão de eficácia capaz de ordenar e conformar a realidade política e social foi desenvolvida por Konrad Hesse<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí o seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

<sup>14</sup> Expressão desenvolvida por Ferdinand Lassalle. LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1985.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

As ideias formuladas por Hesse foram fundamentais para se chegar ao consenso doutrinário de que inexistente preceito constitucional destituído de eficácia, sem prejuízo da possibilidade de se estabelecer “uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais”<sup>16</sup>. Analisando as diferentes propostas doutrinárias sobre a questão, Ingo Sarlet conclui que todas as normas constitucionais apresentam certo grau de eficácia jurídica independente do coeficiente de densidade normativa, em virtude da normatividade inerente a todos os preceitos insertos na Carta Magna<sup>17</sup>.

No que tange à eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, a Constituição vigente prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, §1º, CRFB/88). Embora não haja consenso acerca do significado e do alcance do referido preceito, é possível afirmar que o legislador constituinte pretendeu (i) evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais; (ii) reforçar a importância dos referidos preceitos em relação às normas constitucionais em geral e (iii) atribuir aos Poderes Públicos a incumbência de conferir a maior eficácia possível às normas que os introduzem<sup>18</sup>.

A eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais estão intimamente relacionadas à questão da vinculação dos Poderes Públicos aos seus preceitos. Nesse contexto, cumpre destacar, sem pretensão de aprofundamento do tema, que além de vincularem os Poderes Públicos, com

---

<sup>16</sup> NSARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 251.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 252-253.

<sup>18</sup> “Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (...) Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”. *Ibidem*, p. 271-272.

a denominada “eficácia vertical”, os direitos fundamentais também exercem eficácia vinculante no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Cuida-se da eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais, tema controverso e de vasta produção doutrinária no direito pátrio<sup>19</sup>.

Embora a Constituição de 1988 não tenha sido expressa quanto à vinculação das entidades públicas e dos particulares aos direitos fundamentais, tal postulado decorre da aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, § 1º, de modo que qualquer ato praticado deve levar em conta os direitos fundamentais como “baliza e referencial”<sup>20</sup>. Cumpre observar que a eficácia vinculante se verifica sob duas perspectivas: (i) dimensão negativa ou proibitiva: diz respeito à necessidade do Poder Público respeitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de modo que eventuais ingerências se darão de forma excepcional, desde que existam motivos relevantes que as justifiquem; (ii) dimensão positiva: o Estado está obrigado a atuar com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais da forma mais ampla possível.

É pacífico o entendimento de que os três tradicionais poderes estatais - Legislativo, Executivo e Judiciário – encontram-se adstritos aos direitos fundamentais. Para os fins do presente trabalho, é importante destacar que também a Procuradoria-Geral do Estado, como uma das funções essenciais à Justiça, deve observar os valores veiculados pelos direitos fundamentais ao exercer o seu *mister* constitucional de representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (artigo 132, CRBF/88).

Partindo da premissa de que as atividades desempenhadas pelos Procuradores do Estado têm como objetivo precípua o controle da juridicidade da Administração Pública, “com vistas a que a ação dos entes estatais seja

---

<sup>19</sup> Destacam-se, nesse contexto, as contribuições de SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2005; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993. p. 279.

cada vez mais obediente à ordem jurídica<sup>21</sup> e considerando a importância dos direitos fundamentais para a preservação e consolidação do regime democrático brasileiro, resta claro que a eficácia vinculante dos referidos preceitos se estende também à Procuradoria-Geral do Estado<sup>22</sup>.

## 4. Possibilidade de restrição ao âmbito normativo dos direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade como limite

O âmbito de proteção de determinado direito fundamental corresponde ao campo de incidência normativa, ou seja, ao bem jurídico protegido pelo ordenamento. Não obstante a aparente simplicidade da definição do conceito, a indeterminação semântica dos enunciados normativos aliada ao caráter axiológico dos direitos fundamentais faz com que a identificação do âmbito de proteção não seja tarefa simples.

Considerando que a ordem jurídica não pode conferir proteção ilimitada aos direitos fundamentais, tornou-se corrente o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram “absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva ou objetiva”<sup>23</sup>, admitindo-se intervenções em seu âmbito de proteção.

---

<sup>21</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, volume XVI: Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 7.

<sup>22</sup> Ao discorrer sobre o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que sua aplicação não deve se restringir aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo necessária a extensão de sua carga valorativa às funções essenciais à Justiça, através de uma interpretação extensiva. Com maior razão, é possível afirmar que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais se estende às funções essenciais à Justiça, mais especificamente à atuação da Procuradoria-Geral do Estado. *Ibidem*. p. 3-23.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387.

A Teoria Externa<sup>24</sup>, concepção teórica adotada por parte substancial da doutrina pátria<sup>25</sup>, considera que o direito fundamental não possui um único objeto jurídico constitucionalmente definido e constrói sua argumentação com base em dois elementos: o direito *prima facie* e a restrição a tal direito.

De acordo com a referida concepção, o processo interpretativo consiste, em primeiro lugar, em identificar as posições jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais em jogo, elementos que configurarão o conteúdo *prima facie* do referido bem jurídico. Em seguida, o intérprete deve questionar se o conteúdo *prima facie* do direito é passível de sofrer restrições por limites externos veiculados por outros direitos ou princípios constitucionais também incidentes sobre o caso concreto. Para tanto, o aplicador do direito deve sopesar o conteúdo *prima facie* identificado com os demais valores constitucionais contrapostos, valendo-se do método de ponderação de interesses para, através do princípio da proporcionalidade, definir o conteúdo do direito aplicável na situação concreta. Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, “são traçados, assim, os limites definitivos do direito, os quais, para essa concepção, são limites externos, já que resultam do ‘recorte’ do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental”<sup>26</sup>.

Tendo em vista a dificuldade do legislador disciplinar todas as possibilidades de colisão entre direitos fundamentais, é frequente a situação

---

<sup>24</sup> Nomenclatura utilizada por ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. De outro lado, a Teoria Interna entende que o legislador pode apenas configurar direitos fundamentais, seja concretizando o seu conteúdo ou detalhando suas formas de exercício, na medida em que a restrição efetiva apenas será admitida nas hipóteses em que a Constituição autorizar de forma expressa. Para a Teoria Interna a aplicação dos direitos fundamentais se dá através da identificação do seu conteúdo constitucionalmente definido e seu ajustamento ao caso concreto. Assim, resta excluída a possibilidade de limitações de origem externa, como é o caso das restrições decorrentes da colisão entre princípios.

<sup>25</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado nº 4, out./dez.2006, p. 23-51.

<sup>26</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

em que a ausência de regulamentação conduz à necessidade de se resolver o impasse decorrente de dois bens jurídicos constitucionalmente tutelados que incidem, de forma simultânea, sobre o caso concreto, mas apontam em direções opostas. Considerando a inexistência de hierarquia entre os valores constitucionais, ideia decorrente do princípio da unidade da Constituição, o intérprete deve buscar uma solução que harmonize os preceitos em conflito.

Não obstante, as restrições ao âmbito normativo dos direitos fundamentais devem observar determinados limites. Ante a inevitabilidade de colisão entre os direitos fundamentais veiculados sob a forma de princípios, especialmente tratando-se de Constituições compromissórias como é o caso da Constituição vigente, e a necessidade de se estabelecer parâmetros a serem observados pelos aplicadores do direito, com vistas à solução dos referidos impasses, a doutrina constitucional contemporânea introduziu os princípios da proporcionalidade<sup>27</sup> e da proteção do núcleo essencial como limites a serem observados pelo Estado quando se trata de impor limitações aos direitos fundamentais.

De acordo com a posição amplamente acolhida em sede doutrinária<sup>28</sup>, o princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proibição do excesso<sup>29</sup>, subdivide-se em três subprincípios: (i) adequação: o meio eleito deve ser apto

---

<sup>27</sup> Não obstante a existência de controvérsia a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite a intercambialidade dos referidos preceitos. Note-se que o princípio da proporcionalidade se originou no direito germânico e tem como fundamento a cláusula do Estado de Direito. O princípio da razoabilidade, por sua vez, surgiu no direito americano a partir do caráter substancial da cláusula do devido processo legal.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>29</sup> Cumpre destacar a dupla dimensão do princípio da proporcionalidade: a) proibição do excesso: perspectiva segundo a qual o princípio da proporcionalidade tem por objeto o controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, ou seja, verificar se a atuação do Poder Público corre o risco de afetar, de forma desproporcional, os direitos fundamentais; b) proibição de insuficiência: controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. No presente trabalho, enfocaremos o princípio da proporcionalidade sob a perspectiva da proibição do excesso.

à promoção do fim pretendido; (ii) necessidade: impossibilidade do objetivo almejado ser promovido, com a mesma intensidade, através de meios alternativos que restrinjam em menor escala o direito fundamental afetado; (iii) proporcionalidade em sentido estrito: ponderação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do valor constitucional que com ele colide e que fundamenta a implementação da medida restritiva.

Além do princípio da proporcionalidade, a doutrina aponta como limite o princípio da proteção do núcleo essencial, segundo o qual os direitos fundamentais possuem um núcleo imodificável que representa uma parcela do direito imune à ação dos Poderes Públicos. Trata-se de um conteúdo mínimo indisponível à intervenção estatal, dentro do qual nenhuma restrição se afigura legítima.

## 5. Análise da consulta à luz do princípio da proporcionalidade

Assentadas as premissas teóricas necessárias à compreensão do raciocínio a ser desenvolvido, passa-se à análise do caso concreto que diz respeito ao sigilo de dados - direito fundamental previsto no artigo 5º, XII da Constituição da República de 1988 - e à intensidade da proteção que o Estado deve conferir a tal direito no que tange às informações pessoais constantes dos bancos de dados públicos.

Trata-se de consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado a respeito da possibilidade jurídica de celebração de parceria entre o Estado e empresa de proteção ao crédito com o objetivo de franquear a esta última o acesso a dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN, com o objetivo de reduzir o número de fraudes.

A abordagem do tema será feita, inicialmente, sob a perspectiva constitucional considerando que o equacionamento da questão exige a conciliação harmônica de dois grupos de bens jurídicos, ambos tutelados pela Constituição de República de 1988. Buscar-se-á solucionar o conflito através do “balanceamento e sopesamento” dos referidos bens jurídicos através da técnica da ponderação de interesses que pressupõe, em primeiro lugar, a identificação dos princípios ou valores constitucionais relevantes para a solução do impasse e a verificação da interação dos mesmos com as circunstâncias fáticas subjacentes.

Em primeiro lugar, destacam-se o direito ao sigilo de dados e o direito à privacidade, ambos direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República (artigo 5º, incisos X e XII, CRFB/88) e que se relacionam com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB/88). São direitos que se caracterizam por estabelecerem uma esfera de autonomia individual, demarcando um espaço dentro do qual não se deve interferir. José Afonso da Silva define privacidade como o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”<sup>30</sup>. Assim, o conteúdo *prima facie* dos referidos direitos remete à conclusão de que o Estado deve preservar o sigilo das informações constantes dos bancos de dados públicos.

Por outro lado, o tema se relaciona com os princípios da ordem econômica, em especial a valorização da livre iniciativa, e com a necessidade de promover o desenvolvimento nacional, finalidade erigida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, II, CRFB/88). A consagração da livre iniciativa como princípio fundamental da ordem econômica (artigo 170, *caput*, CRFB/88) e da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, CRFB/88) remete à premissa de que “o constituinte prestigiou

---

<sup>30</sup> NSILVA, José Afonso da. Comentário textual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 100.

uma economia de mercado, de cunho capitalista<sup>31</sup>, cujo desenvolvimento deve ser perseguido.

Além disso, a livre iniciativa, como desdobramento da liberdade<sup>32</sup>, introduz a ideia de que a intervenção do Poder Público na ordem econômica, sob a forma de ação ou omissão, não deve impedir que as atividades econômicas se desenvolvam de forma satisfatória. Sob essa perspectiva, poder-se-ia alegar que a negativa do acesso pretendido prejudicará a liberdade de iniciativa econômica, em razão do aumento do número de contratações fraudulentas.

As empresas de proteção ao crédito têm por objetivo reduzir a inadimplência e promover o desenvolvimento do mercado de consumo, através da formação de um banco de dados com informações a respeito de pessoas físicas e jurídicas, com vistas a conferir maior segurança às empresas que realizam negociações que impliquem em concessão de crédito.

Embora a celebração do convênio possa vir a contribuir com a redução da taxa de juros, conferir maior proteção ao consumidor<sup>33</sup> ao evitar que alguém se utilize de documento roubado para pleitear crédito e maximizar o desenvolvimento nacional, o aplicador do direito não pode desconsiderar os demais princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Tratando-se de “mandados de otimização”, os princípios se aplicam em maior ou menor grau de intensidade, de acordo com a realidade fática subjacente. Assim, o intérprete deve sopesar os valores em jogo a fim de buscar a solução constitucionalmente adequada para o deslinde da questão, utilizando para tanto o princípio da proporcionalidade como parâmetro.

---

<sup>31</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1219.

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 187.

<sup>33</sup> Note-se que o princípio da proteção ao consumidor pode figurar dos dois lados da equação. De um lado, o consumidor tem direito a que os seus dados não sejam disponibilizados a terceiros sem o seu consentimento. De outra parte, o acesso aos boletins de ocorrência pode resultar em uma maior proteção ao consumidor, na medida em que se evita a utilização de documento roubado por fins impróprios. Não obstante, o presente estudo será conduzido sob a perspectiva do direito à privacidade e dos princípios relacionados à ordem econômica.

Na primeira etapa do processo de verificação da proporcionalidade de uma restrição a direito fundamental, o intérprete deve analisar se esta atende ao subprincípio da adequação que exige que “toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de fim constitucionalmente legítimo”<sup>34</sup>. Nesse sentido, o hermenauta deve verificar se os meios restritivos contribuem para se alcançar a finalidade pretendida e se este fim é consentâneo com o sistema constitucional.

O crédito é fator importante para o desenvolvimento do mercado de consumo, pois possibilita a aquisição de bens e serviços por vários consumidores que não poderiam comprar, caso não pudessem se valer da concessão do crédito ou da realização de venda a prazo. Os bancos de dados de proteção ao crédito têm como finalidade o armazenamento de informações a respeito do consumidor, com o objetivo de reduzir o risco de inadimplimento e conferir segurança às tratativas empresariais. A empresa interessada pode consultar o referido banco de dados e com base nas informações ali contidas decidir a respeito da concessão ou não do crédito.

É evidente que quanto maior o número de informações sobre o candidato a crédito, menor a probabilidade de fraudes e o risco de inadimplimento, fatores que prejudicam o desenvolvimento do mercado nacional. Assim, pode-se considerar superada a primeira etapa do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a medida requerida pela empresa de proteção de crédito é adequada, ao menos em princípio, ao fim por ela apontado, qual seja a redução de fraudes e do risco de inadimplimento com a promoção de maior segurança ao mercado de consumo e, em última *ratio*, com a potencialização do desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, II, CRFB/88).

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324.

A segunda etapa do princípio da proporcionalidade consiste na verificação do subprincípio da necessidade, também conhecido como proibição do excesso, segundo o qual dentre várias medidas restritivas aos direitos fundamentais igualmente aptas para alcançar a finalidade pretendida, o intérprete deve optar por aquela menos lesiva ao direito fundamental afetado. Nesse sentido, a medida será “entendida como necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize a consecução do fim”<sup>35</sup>. De acordo com o referido postulado, o intérprete deve verificar dois aspectos: (i) se os meios alternativos possuem um grau superior ou idêntico de aptidão para alcançar a finalidade pretendida; (ii) se as medidas que atingem o mesmo grau de satisfação afetam os direitos fundamentais em menor escala.

Quanto ao pretendido acesso aos dados de identificação civil, cumpre observar que ao pleitear a concessão de empréstimo ou realizar qualquer compra a prazo, o consumidor é obrigado a fornecer à empresa contratante alguns documentos, rol que abrange, necessariamente, seu documento de identidade com os respectivos dados de identificação. O consumidor interessado na concessão do crédito não se negará a fornecer a documentação exigida. Assim sendo, não se vislumbra benefício decorrente da consulta ao banco de dados das empresas de proteção ao crédito com o objetivo de obter informação já fornecida pelo próprio interessado em contratar.

Além disso, os dados de identificação civil não se prestam à finalidade de avaliar a situação financeira e a capacidade do consumidor de adimplir as obrigações eventualmente contraídas. Claramente, o fornecimento dos dados de identificação civil pelo consumidor implica em menor restrição ao direito fundamental à privacidade, na medida em que o titular das informações avalia a conveniência e oportunidade de repassar seus dados pessoais a terceiros.

No que tange ao acesso aos boletins de ocorrência policial onde se registram roubos de documentos, a fim de se verificar se o documento

---

<sup>35</sup> Ibidem, p. 339.

apresentado pelo consumidor no momento da contratação realmente lhe pertence ou foi obtido de forma ilícita, o acesso da empresa requerente aos bancos de dados do Poder Público não é a única forma de se obter a segurança pretendida. Em primeiro lugar, existem diversos meios através dos quais o titular dos dados poderá informar as empresas de proteção ao crédito a respeito do roubo ou extravio de seu documento.

Em particular, algumas empresas oferecem mecanismos virtuais que permitem a referida comunicação, como acontece com os registros de boletins de ocorrência *on line*. A título de exemplo, o Serasa oferece o serviço de cadastramento de documentos roubados, furtados ou perdidos com o objetivo de evitar fraudes envolvendo o nome e documento do cidadão. Através desse mecanismo, o consumidor comunica o Serasa do ocorrido e este se encarrega de avisar as empresas, lojas e estabelecimentos que se utilizam dos seus serviços<sup>36</sup>.

Por fim, quanto ao cadastro de veículos do DETRAN é possível vislumbrar que o acesso será útil sob duas perspectivas. Primeiramente, o acesso ao referido cadastro é uma forma de conhecer o número de veículos que o indivíduo possui, informação indicativa de seu patrimônio e de sua capacidade financeira. Não obstante, o objeto principal da empresa de proteção de crédito é coletar informações que digam respeito a obrigações inadimplidas, de modo que a pretensão de obter acesso a dados que informem a situação econômica ou financeira de pessoas físicas ou jurídicas esbarra na proteção conferida pelo legislador constituinte ao direito à privacidade. Guardadas as devidas proporções, seria o mesmo que pretender que a Secretaria da Receita Federal franqueasse o acesso às declarações de Imposto de Renda. Em que pese seja possível realizar um “cruzamento” de dados entre o patrimônio do consumidor e suas dívidas a fim de verificar se o patrimônio é suficiente para garantir o cumprimento das obrigações contraídas, o acesso ao cadastro de

---

<sup>36</sup> Para maiores detalhes, conferir [www.serasaexperian.com.br](http://www.serasaexperian.com.br)

veículos do DETRAN não é essencial à atividade desenvolvida pelas empresas de proteção ao crédito.

Em segundo lugar, pode-se vislumbrar que o objetivo do acesso pretendido seja obter informações a respeito de eventuais financiamentos de veículos não quitados. Todavia, o acesso ao cadastro de veículos do DETRAN não poderá revelar a existência de contratos inadimplidos, uma vez que tais informações não constam do cadastro do órgão de fiscalização de trânsito. Ademais, a instituição financeira financiadora já terá conhecimento de eventual inadimplemento, assim como as empresas de proteção ao crédito, tendo em vista que estas são informadas imediatamente a respeito de qualquer financiamento não cumprido.

Soma-se a tudo isso, o fato de que as empresas de proteção ao crédito desenvolvem suas atividades há anos sem acesso aos dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN. Tal constatação prejudica a argumentação de que o acesso às referidas informações é indispensável e de que não existem outros meios, menos gravosos ao direito à privacidade, para a elaboração do banco de dados de “maus pagadores”.

Apresentados os motivos pelos quais entendemos que o convênio pretendido não supera o subprincípio da necessidade e considerando a premissa de que apenas se passa para o subprincípio subsequente se o anterior for satisfeito, já está suficientemente demonstrada a desproporcionalidade da restrição ao direito fundamental à privacidade e, por conseguinte, a impossibilidade jurídica de celebração do ajuste.

Todavia, admitindo a hipótese do leitor discordar da argumentação apresentada e entender que o acesso aos dados pleiteados é indispensável ao desenvolvimento do mercado consumidor, passa-se à análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, última etapa do processo de

solução de antinomias entre princípios constitucionais pautada no princípio da proporcionalidade.

Segundo o referido subprincípio, “uma restrição a direitos fundamentais é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada pela intervenção”<sup>37</sup>. Nessa etapa, o intérprete deve comparar o grau de restrição ao direito fundamental com a importância do valor que a ele se contrapõe e que serve de justificativa à restrição. Ou seja, é necessário verificar “se o atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensa os prejuízos que desta advenham para os direitos fundamentais”<sup>38</sup>.

Trata-se de estabelecer uma “atribuição de peso” ou uma “relação de precedência”<sup>39</sup> entre os princípios aplicáveis e determinar qual deles prevalecerá em determinada situação hermenêutica. Para fins de identificação do bem jurídico preponderante, a doutrina especializada faz a seguinte distinção: (i) peso concreto: é definido a partir da comparação quantitativa entre a intensidade da restrição imposta ao direito fundamental e o grau de satisfação do princípio contraposto que serve de fundamento à restrição; (ii) peso abstrato: é determinado de acordo com a relevância axiológica que o princípio assume no sistema constitucional<sup>40</sup>.

Em primeiro lugar, o grau de restrição ao direito fundamental à privacidade é intenso e imediato. A celebração de convênio entre o Poder Público e empresa de proteção ao crédito, com o objetivo de franquear o acesso aos bancos de dados públicos, afeta o direito à privacidade dos indivíduos que teriam seus dados disponibilizados sem qualquer manifestação de vontade

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 346.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 347.

nesse sentido. Por outro lado, o pretendido desenvolvimento nacional é uma mera suposição, pois nada garante que o acesso aos bancos de dados públicos reduzirá a taxa de juros ou aumentará o número de obrigações adimplidas. Assim, o desenvolvimento nacional é uma conjectura incerta, cujos efeitos não são observáveis no curto prazo.

Quanto à determinação do peso concreto dos princípios contrapostos, entendemos que o desenvolvimento nacional vislumbrado, incerto e futuro, não é suficiente para compensar os prejuízos, intensos e imediatos, advindos da restrição ao direito fundamental à privacidade dos cidadãos. A celebração do convênio pretendido será excessivamente onerosa em vista dos duvidosos efeitos que gerará para o desenvolvimento das atividades econômicas.

Por fim, na última etapa da proporcionalidade em sentido escrito, o intérprete deve decidir pela preponderância do princípio que tenha maior relevância material na axiologia constitucional, decisão esta que deve levar em consideração o conceito de peso abstrato. Este está relacionado ao grau de fundamentalidade do direito que será proporcional à sua capacidade de realizar os valores inerentes ao constitucionalismo, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o postulado da dignidade da pessoa humana possui uma prevalência axiológica sobre todas as demais normas constitucionais e “deve servir como fiel da balança para a definição do peso abstrato de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988”<sup>42</sup>.

O direito à privacidade introduz a ideia da “existência de um âmbito próprio e reservado em face de atuação e conhecimento dos demais,

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 347-348.

<sup>42</sup> RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Voto-vista do Min. Luiz Fux. Acórdão pendente de publicação – Transcrições do Informativo 631, STF.

indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana”<sup>43</sup>. De outro lado, os princípios relacionados à atividade econômica visam, em primeiro plano, interesses patrimoniais. Embora o desenvolvimento nacional resulte, indiretamente, na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, o direito fundamental à privacidade possui um grau mais intenso de fundamentalidade, na medida em que contribui em maior escala com a promoção da dignidade da pessoa humana. Além disso, é corrente o entendimento doutrinário no sentido de que a norma que de forma direta proteja a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre outra norma que apenas indiretamente promova o referido princípio<sup>44</sup>.

## 6. Análise da consulta à luz da Lei 12.414/2011

Feita a análise da questão sob a perspectiva constitucional, é elucidativo verificar se a questão já foi regulamentada em âmbito infraconstitucional e qual o resultado da ponderação empreendida pelo legislador democraticamente eleito. Para tanto, deve-se investigar a existência de legislação que verse sobre o grau de sigilo a ser conferido aos bancos de dados públicos, bem como se existe autorização legislativa para que o Poder Público restrinja o âmbito normativo do referido direito fundamental em prol de outro bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Para tanto, cumpre analisar a Lei Federal 12.414 de 09 de junho de 2011, legislação que tem como objetivo criar o chamado “cadastro positivo de crédito”, com vistas a possibilitar uma melhor análise do risco de crédito, promover a redução da taxa de juros e reduzir a inadimplência no mercado de

---

<sup>43</sup> Considerações de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha no recurso de amparo nº 4015/96. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

<sup>44</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

consumo. A regulamentação a respeito da “formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito” se iniciou em dezembro de 2010, com a Medida Provisória 518/2010, cujo conteúdo deu origem à Lei 12.414/2011, recentemente publicada.

O “cadastro positivo de crédito” tem como objetivo formar um banco de dados que reúna informações positivas sobre os consumidores, relacionadas à satisfação de suas obrigações financeiras e creditícias. É uma espécie de cadastro de “bons pagadores” que possibilita o registro do comportamento financeiro do consumidor, bem como seu conhecimento pelas entidades que realizam transações que impliquem risco financeiro, visando conferir maior segurança às negociações empresariais que se utilizem da concessão de crédito, reduzir a taxa de juros ante o menor risco de inadimplemento e, por fim, fomentar o desenvolvimento do mercado financeiro nacional.

Depreende-se da leitura da Lei 12.414/2011 que o legislador infraconstitucional se preocupou, em diversos momentos, com a preservação do direito à privacidade do interessado em obter um “cadastro positivo de crédito”.

Em primeiro lugar, a abertura do cadastro depende de autorização prévia do potencial cadastrado, mediante consentimento inequívoco (artigos 4º, *caput* e 8º, inciso I), requisito que se extrai da própria definição legal de cadastrado prevista no artigo 2º, inciso III da Lei 12.414/2011: “pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados”. Os cadastros não autorizados eventualmente abertos devem ser cancelados, sem prejuízo da aplicação de sanções pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas suas respectivas áreas de competência (artigo 17).

Além de condicionar a formação do banco de dados à autorização formal do interessado, o legislador criou mecanismos que têm como objetivo conferir segurança ao cadastrado quanto ao tratamento a ser dispensado aos dados pessoais fornecidos. O cadastrado tem o direito de ser informado sobre a

identidade da pessoa jurídica responsável pela administração do banco de dados, bem como sobre as entidades que tiveram acesso aos seus dados no caso de compartilhamento (artigos 5º, inciso V; 6º, III e IV). Além disso, o legislador restringiu a utilização das informações disponibilizadas nos bancos de dados, de modo que elas apenas poderão ser compartilhadas com o objetivo de analisar o risco de crédito do cadastrado a fim de subsidiar negociações empresariais que impliquem em alguma espécie de risco financeiro (artigos 5º, VII; 7º), sendo vedado o compartilhamento dos dados pessoais para outros fins.

Acrescenta-se, ainda, que a lei faculta ao cadastrado a solicitação de cancelamento do cadastro, quando assim entender conveniente (artigo 5º, inciso I). Tal possibilidade deixa clara a preocupação do legislador com a voluntariedade do cadastro positivo, posto que ao mesmo tempo em que condiciona a abertura do cadastro à autorização prévia e expressa do interessado, admite a revogação do consentimento anterior, desde que haja solicitação do titular dos dados nesse sentido.

Em que pese a existência de críticas no sentido de que a exigência de autorização prévia para abertura do cadastro positivo não é suficiente para proteger a privacidade dos cidadãos<sup>45</sup>, fica claro que o direito fundamental à privacidade foi considerado como valor de extrema relevância pelo legislador infraconstitucional.

Tais considerações se reforçam na medida em que dois dos três dispositivos legais vetados tiveram como justificativa a violação ao direito à privacidade do cadastrado e ao caráter voluntário inerente à formação do cadastro positivo<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> “O tema é bastante polêmico e tem dividido as opiniões de órgãos e entidades de defesa do consumidor. Afinal, qual o outro lado da moeda? Se se trata de possível benefício ao consumidor, por que o “cadastro positivo” está longe de ser uma unanimidade? Basicamente por duas razões. Primeira: muitos não acreditam numa efetiva redução de juros ao tomador de empréstimo. Segunda: o tratamento de informações positivas representa, em última análise, ofensa à privacidade do consumidor. (...) Além disso, o aumento de número de informações pessoais pode representar ofensa à dignidade da pessoa humana, aos direitos da personalidade (privacidade e honra). Atualmente, a maior preocupação em torno do tema diz respeito justamente à existência de limites ao tratamento (coleta, armazenamento e difusão) de informações pessoais, considerando a grande facilidade que a evolução informática permite nesta área”. BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo. Disponível em: < <http://www.brasilcon.org.br/web/artigos/artigosver.asp?id=28> >. Acesso em: 08 ago. 2011.

<sup>46</sup> Mensagem de Veto nº 188 de 09 jun. 2011.

Note-se que o direito fundamental à privacidade foi privilegiado pelo legislador ordinário, em que pese o objeto da Lei 12.414/2011 ser a criação de banco de dados com informações relacionadas ao adimplemento de obrigações com vistas à formação de histórico de crédito que beneficie o próprio cadastrado. Ou seja, mesmo que o banco de dados seja formado por informações positivas e tenha como finalidade principal favorecer o titular dos dados no que tange à concessão de crédito, considerou-se imprescindível a proteção do direito à privacidade dos cidadãos.

Percebe-se que a argumentação constitucional anteriormente empreendida é corroborada pela ponderação realizada pelo legislador infraconstitucional que, ao editar da Lei 12.414/2011, deixou clara a sua preferência pela privacidade.

A leitura atenta da Lei 12.414/2011 leva à conclusão de que a referida legislação não dispõe a respeito do grau de sigilo a ser conferido aos bancos de dados mantidos pelo Poder Público. Tal constatação é avalizada pela própria lei do “cadastro positivo” que no artigo 1º, § único<sup>47</sup> remete a disciplina dos bancos de dados instituídos e mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno à legislação específica, até o presente momento inexistente.

Constatada a ausência de regulamentação a respeito do sigilo a ser conferido aos bancos de dados públicos, torna-se possível a utilização da analogia como técnica apta a preencher a lacuna normativa. A interpretação analógica, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup>,

---

<sup>47</sup> Artigo 1º, parágrafo único, Lei 12.414/2011: “Os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público serão regidos por legislação específica”.

<sup>48</sup> Em recente julgamento sobre a união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de lacuna normativa sobre a questão e “considerou cabível o mecanismo da integração analógica para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional lhe dê tratamento legislativo. (...) O Presidente aludiu que a aplicação da analogia decorreria da similitude factual entre a união estável e a homoafetiva, contudo, não incidiriam todas as normas concernentes àquela entidade, porque não se trataria de equiparação.” Informativo 625, STF (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 04 e 05/05/2011).

pressupõe que, existindo semelhança entre as hipóteses, o caso desprovido de regulamentação normativa deve receber o mesmo tratamento atribuído à situação regulada pela norma.

Ora, se o legislador exige autorização prévia do potencial cadastrado para a abertura de cadastro que objetiva armazenar informações positivas, é ilógico admitir que o Poder Público franqueie o acesso aos bancos de dados públicos à empresa privada de proteção ao crédito para formação de cadastro que tem como fim identificar os “maus pagadores”, sem qualquer autorização do titular dos dados nesse sentido.

Ante o exposto, seja pela argumentação constitucional pautada no princípio da proporcionalidade, seja pela interpretação analógica realizada com fulcro nas diretrizes estabelecidas pela Lei 12.4141/2011, chega-se a conclusão de que o direito à privacidade deve prevalecer em detrimento dos interesses patrimoniais e econômicos relacionados ao desenvolvimento do mercado nacional.

Por todas essas razões, concluímos pela impossibilidade jurídica da celebração de convênio entre o Poder Público e empresa de proteção ao crédito com o objetivo de fraquear o acesso aos bancos de dados públicos. O Estado, como instituição politicamente organizada e adstrita aos direitos fundamentais, deve proteger o direito à privacidade e preservar o sigilo dos dados constantes dos cadastros públicos. A materialização do ajuste pretendido pela empresa requerente será demasiadamente prejudicial ao direito à privacidade dos cidadãos quando comparada aos eventuais e incertos benefícios que gerará para o desenvolvimento do mercado nacional.

## 7. Conclusões

O presente estudo buscou solucionar a tensão entre o direito ao sigilo de dados e a preocupação do constituinte de garantir o desenvolvimento

econômico. A questão analisada diz respeito à consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado a respeito da possibilidade de celebração de convênio entre o Estado e empresa de proteção ao crédito visando à liberação do acesso aos dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN, com o objetivo de reduzir o número de fraudes cometidas no âmbito empresarial.

O trabalho foi conduzido sob duas perspectivas. Sob a ótica constitucional, o equacionamento do impasse se pautou pelo “balanceamento e sopesamento” dos referidos bens jurídicos, através do método da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade, no que tange aos seus três subprincípios. Por outro lado, analisou-se a Lei 12.414/2011 sob a perspectiva da interpretação analógica, admitindo-se semelhança entre as hipóteses.

O estudo levou às seguintes conclusões:

1. Sob o enfoque constitucional, concluiu-se, em primeiro lugar que a medida pleiteada pela empresa requerente é apta a promover a finalidade pretendida, razão pela qual resta superado o subprincípio da adequação. Um maior número de informações contribui, em tese, para a maior segurança nas tratativas empresariais e potencializa o desenvolvimento da economia capitalista de mercado.
2. Sob a mesma perspectiva, entendeu-se que a situação concreta não ultrapassa o subprincípio da necessidade, tendo em vista a existência de meios menos onerosos ao direito fundamental à privacidade que promovem o objetivo almejado com a mesma intensidade.
3. Ainda sob a ótica constitucional, no que tange à última etapa, o caráter incerto e futuro do desenvolvimento do mercado nacional conduz à conclusão de que o atendimento da finalidade buscada não compensa os prejuízos acarretados ao direito fundamental à privacidade dos indivíduos, situação que esbarra no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

4. Quanto à interpretação analógica, concluiu-se que inexistente legislação infraconstitucional dispondo sobre a proteção a ser conferida aos bancos de dados públicos. Em particular, a Lei 12.414/2011 apesar de não dispor sobre o sigilo a ser atribuído aos bancos de dados mantidos pelo Poder Público, disciplina a construção de bancos de dados com informações de adimplemento para a formação de histórico de crédito. Assim, a analogia surge como técnica apta a preencher a lacuna normativa.
5. A interpretação analógica conduz à impossibilidade do Estado permitir o acesso das empresas de proteção ao crédito às informações pessoais constantes dos bancos de dados públicos, pois, se o legislador exige a autorização do titular dos dados para a abertura de cadastro que objetiva armazenar informações positivas a respeito do indivíduo, com maior razão a autorização deve ser exigida para o compartilhamento de dados com vistas à formação de cadastro de “maus pagadores”.
6. Em síntese, seja pela argumentação constitucional pautada no princípio da proporcionalidade, seja pela interpretação analógica realizada com fulcro nas diretrizes estabelecidas pela Lei 12.414/2011, concluiu-se pela impossibilidade da celebração do convênio pretendido pela empresa requerente.