

— ANÁLISE SETORIAL —

IMPACTOS DA LGPD

NO BRASIL

ORGANIZADORES

LAURA SCHERTEL MENDES

GIOVANNA MILANESE

PAULO RICARDO DA SILVA SANTANA

SHANA SCHLOTTFELDT

TAYNÁ FROTA DE ARAÚJO

EDUARDA COSTA ALMEIDA

ELIS BANDEIRA A. BRAYNER

ANUÁRIO DO OBSERVATÓRIO DA LGPD DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

VOLUME 2

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília

Análise setorial dos impactos da LGPD no Brasil

Volume 2
Brasília-DF
2023



Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise setorial dos impactos da LGPD no Brasil © 2023 by Observatório da LGPD/Unb is licensed under CC BY-NC-ND 4.0. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise setorial dos impactos da LGPD no Brasil

A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens desta obra é do Observatório da LGPD/Unb.

Para esclarecimentos sobre esta obra, entrar em contato com observatorio.lgpd.unb@gmail.com

Volume 2

Organização

Coordenação Geral: prof.^a Laura Schertel Mendes;

Coordenação Adjunta: Giovanna Milanese;

Coordenação de Pesquisa: Paulo Ricardo S. Santana e Shana Schlottfeldt;

Assessores da Coordenação de Pesquisa: Igor M. Caldas Machado, Luís Fernando O. S. Costa, Sayuri Hamaoka e Sofia de M. Vergara;

Revisão e Organização: Eduarda Costa, Elis Bandeira A. Brayner e Tayná Frota de Araújo.

Informações

Observatório da LGPD/Unb

Faculdade de Direito

Universidade de Brasília

Campus Universitário Darcy Ribeiro, CEP: 70.910-900, Brasília-DF, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UNB)

A636 Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília [recurso eletrônico] : análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR / organização Laura Schertel Mendes ... [et al.]. - Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2024. 2 v.

Inclui bibliografia. Modo de acesso: World Wide Web.

ISBN 978-65-00-92398-8 (v. 1).

ISBN 978-65-00-92399-5 (v. 2).

1. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. 2. Universidade de Brasília. 3. Proteção de dados. 4. Direito comparado. I. Mendes, Laura Schertel (org.).

CDU 34

AUTORES

André Felipe Krepke

Camila Cristina da Silva

Elis Bandeira Alencar Brayner

Gustavo Vieira de Sousa

Igor Marques Caldas Machado

Isabella Maria Farias Carvalho

Lívia Rodrigues Alves

Luis Eduardo de Souza Leite Trancoso Daher

Luís Fernando Oliveira de Souza Costa

Paulo Ricardo da Silva Santana

Rafaella Bacellar Marques

Rodrigo Toledo Costa de Almeida

Sofia de Medeiros Vergara

Tayná Frota de Araújo

Thobias Prado Moura

Wanessa Larissa Silva de Araújo

REVISORES

A realização deste anuário contou com a significativa participação de revisores, que atuaram na avaliação e revisão dos artigos submetidos pelos pesquisadores do Observatório, fornecendo orientações e sugestões de melhoria. Oferecemos nosso mais sincero agradecimento pelas valiosas contribuições de cada um.

Cynthia Pico

Eduarda Chacon

Eduarda Costa

Felipe Medon

Gabriel Fonseca

Giovanna Milanese

Isabela Maria Rosal

Maria Cristine Lindoso

Matheus Pimenta

Mônica Fujimoto

Rodrigo Silva

Thiago Moraes

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| APRESENTAÇÃO..... | 7 |
| <i>Laura Schertel Mendes, Giovanna Milanese e Paulo Ricardo da Silva Santana</i> | |
| PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O UNIVERSO DA SAÚDE: INTERSEÇÕES E DESAFIOS | 9 |
| <i>André Felipe Krepke</i> | |
| APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL | 25 |
| <i>Camila Cristina</i> | |
| O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO | 39 |
| <i>Elis Bandeira Alencar Brayner</i> | |
| APLICAÇÃO DA LGPD NO SETOR DE TRANSPORTES | 53 |
| <i>Tayná Frota de Araújo</i> | |
| REQUISITOS PARA O USO SECUNDÁRIO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E NO GUIA ORIENTATIVO DA ANPD | 75 |
| <i>Rodrigo Toledo Costa de Almeida</i> | |
| USO DE DADOS COMO UM CATALISADOR ECONÔMICO: UMA BREVE ANÁLISE DA INTERSEÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA..... | 88 |
| <i>Igor Marques Caldas Machado</i> | |
| INTERSEÇÕES ENTRE A LGPD E O DIREITO DO CONSUMIDOR..... | 101 |
| <i>Lívia Rodrigues Alves e Luis Eduardo de Souza Leite Trancoso Daher</i> | |
| APLICAÇÃO DA LGPD NO DIREITO ELEITORAL | 115 |
| <i>Gustavo Vieira de Sousa e Isabella Maria Farias Carvalho</i> | |
| O ATO CONJUNTO Nº 4 E A APLICAÇÃO DA LGPD: A POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DO CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO | 130 |
| <i>Rafaella Bacellar Marques</i> | |
| SE VOCÊ NÃO PAGA PELO PRODUTO, O PRODUTO É VOCÊ: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA ENTRE CADE E ANPD | 148 |
| <i>Sofia de Medeiros Vergara</i> | |

COMO AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS FORAM IMPACTADAS PELA PORTARIA CVM/PTE/Nº 188 163

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO AUTARQUIA ESPECIAL 180

Wanessa Larissa Silva de Araújo

APLICAÇÃO DA LGPD AO USO DE COOKIES E O GUIA ORIENTATIVO PARA COOKIES E PROTEÇÃO DE DADOS DA ANPD 198

Paulo Ricardo da Silva Santana

ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO 108: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 217

Thobias Prado Moura

ADESÃO DO BRASIL À CONVENÇÃO DE BUDAPESTE 239

Elis Bandeira Alencar Brayner

O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO

Elis Bandeira Alencar Brayner¹

Resumo: Em 8 de abril de 2019, foi sancionada a Lei Complementar 166/2019, que alterou substancialmente a Lei do Cadastro Positivo e provocou dúvidas sobre a proteção de dados pessoais na construção de perfis creditícios. A partir desse contexto, este trabalho buscou realizar uma revisão bibliográfica e analisar compilado legislativo acerca da utilização de dados pessoais na formação do *score* de crédito dos consumidores e os direitos e deveres incluídos neste âmbito com a Lei Geral de Proteção de Dados. Adiante, analisou-se o funcionamento do Cadastro Positivo no Brasil, as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 166/2019 e os dispositivos legais que regulamentam o tratamento de dados pessoais. Observou-se que tanto a Lei Complementar 166/2019 quanto a Lei Geral de Proteção de Dados trouxeram diversos dispositivos delimitando as informações utilizadas no Cadastro Positivo, garantindo que o titular dos dados esteja envolvido neste tratamento e efetivando a proteção de seus dados pessoais.

Palavras-chave: avaliação de crédito; cadastro positivo; proteção de dados; privacidade

Abstract: *On April 8, 2019, the Supplementary Law 166/19 was sanctioned, amending substantially the Law of the “Cadastro Positivo” (Positive Register) and sparked concerns over the personal data protection when developing credit profiles. Within this context, a literature review and legislative compilation was carried out regarding the use of personal data in the development of consumers’ credit score and the rights and obligations included in the scope of*

¹ Elis Bandeira Alencar Brayner é pós-graduanda em Direito Digital e Proteção de Dados do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora do Privacy Lab - Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS) do IDP. Coordenadora de Comunicação do Observatório da LGPD/UnB. Estagiária da Pós-Graduação da Defensoria Pública da União no 5º Ofício Cível. Advogada.

the credit profile through the Brazilian General Data Protection Law. Thereafter, there was an analysis of the operation of the “Cadastro Positivo” in Brazil, the changes brought by the Complementary Law No. 166/2019 and the legal mechanisms that regulate personal data treatment. It was noted that both the Complementary Law 166/2019 and the Brazilian General Data Protection Law brought several devices to limit the information used in the “Cadastro Positivo” (Positive Register), ensuring that the data subject is involved in this treatment and enforcing the protection of their personal data.

Keywords: *credit scoring; credit record; data protection; privacy*

Introdução

Por meio da análise de dados pessoais, as agências de crédito mensuram os riscos envolvidos na concessão de crédito ou no cumprimento de obrigações financeiras e atribuem uma nota entre 0 a 1.000 pontos ao consumidor – quanto maior a nota, presumivelmente maior é sua confiabilidade. Destarte, estabelece-se uma relação de confiança mútua em que o consumidor fornece seus dados para receber benefícios creditícios, como a concessão de empréstimos com taxas de juros menores (CARVALHO, 2003, p. 356).

No entanto, o tratamento de dados pessoais vem se tornando o foco de diversas discussões, haja vista vivermos hoje em uma sociedade em que vigora o “capitalismo de vigilância”, conceito cunhado por Shoshana Zuboff, que define a sociedade que se organiza pela extração de dados pessoais sobre dados comportamentais. Estes dados são analisados por equipamentos eletrônicos de forma a criar predições sobre os indivíduos, que serão vendidas a terceiros para que estes saibam o perfil de seus consumidores e possam criar estratégias para lucrar ainda mais (ZUBOFF, 2019, p.113).

De acordo com Zuboff, quanto maior a quantidade de dados, maior é a exatidão das predições feitas pela inteligência artificial. O histórico de crédito funciona da mesma maneira, o que é conhecido no mercado financeiro como o princípio de “*more is better*” ou, em tradução livre, “mais é melhor”, incentivando a extração e tratamento do maior número de dados possível (BESSA, 2019, p. 51).

Por outro lado, no meio jurídico, percebe-se uma preocupação crescente com relação ao tratamento de dados pessoais e a privacidade dos indivíduos, o que se reflete no panorama legislativo brasileiro com a reforma à Lei do Cadastro do Cadastro Positivo pela Lei

Complementar nº 166/2019 e a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Faz-se necessário, por conseguinte, analisar se a construção do histórico de crédito dos cidadãos brasileiros preserva sua privacidade e os beneficia concretamente.

1. O sistema da análise de crédito

Os indivíduos são submetidos a avaliações desde sua infância; citam-se, a título de exemplificação, as provas feitas na escola para aferir seus conhecimentos acerca do conteúdo passado em sala de aula. A noção é bem simples: são realizadas perguntas e, quanto maior a nota do aluno, melhor é considerado seu desempenho nos estudos. Esse conceito é também aplicado na vida adulta, por meio da avaliação de crédito.

As agências de pontuação de crédito originaram-se no final do século XIX, nos Estados Unidos da América (EUA), com o objetivo de avaliar a capacidade de um indivíduo pagar empréstimos e financiamentos por meio da avaliação de suas características e comportamentos, determinando a confiabilidade na quitação de suas dívidas (SIMÃO, 2022, p. 14). Dessa forma, o risco de uma operação é mensurado por meio de uma nota atribuída ao indivíduo; quanto maior a nota, menor é o risco e, por conseguinte, podem ser oferecidas condições melhores de crédito, como menores taxas de juros.

Isto é, a avaliação de crédito representa a confiabilidade de um indivíduo, entendimento mais complexo que a aferição do desempenho em idade escolar. Um dos pontos centrais na infraestrutura de pontuação consiste nas informações utilizadas como base para definir se o cidadão seria confiável, responsável e, portanto, “merecedor” do acesso ao crédito e, com o avanço da tecnologia por meio de processamento automatizado de dados e a criação de algoritmos capazes de analisar vultosas quantidades de informação, essa questão se tornou ainda mais sensível (SIMÃO, 2022, p. 45). Nesse sentido, há uma certa carga de julgamento moral nessa situação que pode resultar na estigmatização do indivíduo (KRIPPNER, 2017, p. 37):

Novas ferramentas digitais tornam possível uma nova economia de julgamento moral. Registros passivos são transformados em métricas ativas, que implicam cálculo, eficiência e a obrigação de estar no controle e prestar contas a si mesmo. As métricas tornam-se injunções morais. [...]. Gaste, mas de forma controlada. Dirija, mas não muito rápido. Coma, mas mantenha-se saudável. A racionalidade protetiva do Fitbit

ou do score oferece vigilância benevolente, instruindo implicitamente as pessoas a se automonitorarem e, se necessário, chegarem mais longe ou transformarem suas vidas. (FOURCADE, 2016, p. 2)

A despeito dos problemas envolvidos na pontuação de crédito, essa atividade se expandiu, tornou-se legalmente reconhecida em diversos países e é, inclusive, estimulada pelo Banco Mundial. Ainda em 2003, o Banco Mundial realizou um projeto denominado “Doing Business”, descontinuado apenas em 2021, no qual defendia reformas institucionais de forma a estabelecer “condições legais para que birôs de crédito exerçam suas atividades” e incentivando a adoção de políticas de *score* de crédito, para um desenvolvimento do sistema financeiro (SIMÃO, 2022, p. 16).

1.1. Panorama legislativo brasileiro

Ao final dos anos 1990, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos cadastros de inadimplentes em sua Seção VI, Capítulo V, a discussão sobre a necessidade de um marco legal que regulasse a avaliação de crédito tornou-se mais premente e, desde então, mais de 40 (quarenta) projetos de lei sobre o tema foram apresentados ao Congresso Nacional (FALCÃO, 2016, p. 23). A primeira tentativa de regulamentação do tratamento de informações de crédito feita pelo Governo Federal se deu pelo Projeto de Lei nº 5.870/2005 e suas principais razões foram:

(...) indicadas formalmente em Mensagem Interministerial, firmada conjuntamente pelos Ministros da Justiça e da Fazenda e dirigida, em 17 de agosto de 2005, ao Presidente da República. O propósito principal seria “dotar o País de um arcabouço legal que incentive a troca de informações pertinentes ao crédito e transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de empréstimos e a aplicação nas relações comerciais, favorecendo principalmente os indivíduos e as empresas que apresentem um bom histórico de crédito”. (BESSA, 2011, p. 40)

Não obstante, foi apenas após anos de debates no congresso, em 9 de junho de 2011, que entrou em vigor a chamada Lei do Cadastro Positivo (LCP), Lei nº 12.414/2011, visando à melhora na avaliação de riscos e consequente oferta de condições mais vantajosas àqueles que

necessitam de crédito. Nesse contexto, faz-se necessário destacar que o termo “Cadastro Positivo” designa:

(...) uma política destinada à formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas, por meio da criação de bancos de dados com informações de pagamento de dívidas e de cumprimento de obrigações pecuniárias dessas pessoas. (FALCÃO, 2016, p. 24).

Essa nomenclatura surgiu em contraste com um termo introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor do “cadastro negativo”, ou seja, o histórico de crédito construído pela análise de dados negativos, quais sejam, as dívidas vencidas e não adimplidas. A terminologia do “Cadastro Positivo” resulta da percepção do mercado financeiro de que, para traçar previsões sobre os consumidores, seriam necessárias mais informações, não somente aquelas relativas às dívidas dos indivíduos, isto é, as informações relativas ao adimplemento, como por exemplo compromissos quitados dentro do prazo, histórico de pagamentos realizados e a capacidade de assumir novas obrigações financeiras (BESSA, 2011, p. 28).

A Lei nº 12.414/2011, em teoria, conciliaria o interesse econômico das instituições financeiras e das concedentes de crédito na elaboração do cadastro positivo e a proteção à privacidade e aos dados pessoais dos consumidores durante esse procedimento. Anteriormente, não havia sido definida a extensão da prerrogativa dos birôs de crédito de coletar e tratar dados pessoais e por quanto tempo esses dados poderiam ser armazenados, deixando os consumidores sem a tutela efetiva de seu direito à privacidade. Todavia, a LCP não encerrou esse embate, principalmente em razão da baixa adesão dos indivíduos ao Cadastro Positivo.

A LCP exigia o consentimento dos usuários para que seus dados fossem tratados, o que, de fato, resultava na proteção da privacidade dos consumidores. Não obstante, a baixa adesão dos indivíduos ao Cadastro Positivo fez com que esse instituto não possuísse a força necessária para que aqueles que concedem crédito pudessem avaliar o perfil creditício dos indivíduos, comprometendo o interesse financeiro da lei (SIMÃO, 2022, p. 17).

O Poder Judiciário não se manteve inerte ante a questão da proteção de dados na avaliação de crédito. Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) distinguiu os termos “cadastro positivo” e “pontuação de crédito”, durante o julgamento do Recurso Especial 1.419.697/RS, que foi objeto da primeira audiência pública da história desta egrégia Corte (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2014, n.p.). Essa distinção foi essencial para que a

alteração do modelo “*opt in*” para o modelo “*opt out*”, trazida pela Lei Complementar 166/2019, pudesse ser feita sem comprometer a proteção de dados pessoais, como se verá adiante.

No julgamento, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino asseverou que a pontuação de crédito não consiste em uma base de dados em sentido estrito, mas em uma metodologia de avaliação de risco baseada em informações publicamente disponíveis, assim, o consentimento prévio do cidadão para inclusão no sistema de pontuação não seria necessário (FALCÃO, 2016, p. 47). Ao final da discussão, a Súmula 550 foi editada estabelecendo, *in verbis*:

A utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

Cumprido destacar que o entendimento firmado pelo STJ também balizou o respeito à privacidade e transparência na pontuação de crédito, demonstrando a preocupação com a utilização dos dados pessoais mesmo antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Destarte, ao utilizar o sistema de pontuação de crédito, a pessoa jurídica assume certos direitos e deveres, dentre eles a obrigação de informar os dados utilizados na formação do *score* de crédito, caso o consumidor faça essa requisição (ZANATTA, 2019, p. 14).

1.2. Nova Lei do Cadastro Positivo

Em 8 de abril de 2019, foi sancionada a Lei Complementar 166/2019, comumente chamada de Nova Lei do Cadastro Positivo (NLCP), que alterou substancialmente a Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo, LCP); mais da metade do diploma normativo foi modificado, sendo, ainda, acrescidos cinco novos artigos (BESSA, 2019, p. 51). Dentre essas mudanças, a mais significativa é a alteração do art. 4º da Lei 12.414/2011, que tornou automática a inscrição dos consumidores nos cadastros positivos (RAMOS, 2019, p. 16).

Em realidade, a nova redação altera o momento de manifestação do titular dos dados, o consentimento deixa de ser exigido na abertura do cadastro - modelo *opt in* -, permitindo que o gestor responsável pela administração do banco de dados abra o cadastro positivo, comunicando posteriormente ao consumidor que, após ser avisado, pode solicitar o cancelamento do cadastro

- modelo *opt out* - (CORTAZIO, 2019, p. 13). No ponto, sublinha-se que, (i) enquanto a inclusão ao cadastro era voluntária, menos de 10% dos potenciais tomadores de crédito do Brasil optaram pela adesão, o que gerou um enfraquecimento do cadastro positivo e impediu que os consumidores se beneficiassem com a redução da taxa de juros e da concessão de crédito (BESSA, 2019, p. 52), e que (ii) apenas os agentes autorizados pelo Banco Central, chamados de Gestores de Bancos de Dados (GBDs) podem operacionalizar as bases de dados do cadastro positivo (SEBBEN, 2021, p. 22).

A alteração legislativa também garantiu que a comunicação feita ao consumidor após a abertura do cadastro, que deve ocorrer em até 30 dias, seja realizada gratuitamente e “de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados” (art. 4º, § 4º, III), salvo na hipótese de que o “cadastrado já tenha cadastro aberto em outro banco de dados.” (art. 4º, § 5º), em que o aviso não é obrigatório (SEBBEN, 2021, p. 60). Ademais, os Gestores de Bancos de Dados devem disponibilizar “em seu sítio eletrônico, de forma clara, acessível e de fácil compreensão, a sua política de coleta e utilização de dados pessoais para fins de elaboração de análise de risco de crédito” (Art. 7-A, §1º, LC 166/2019).

Todavia, há ainda um debate acerca do tratamento de dados pessoais realizados na construção do histórico de crédito e o respeito à privacidade e à dignidade da pessoa humana. Afinal, sob a perspectiva econômica, quanto mais informações os Gestores de Bancos de Dados possuem, melhor é a análise de riscos na concessão de crédito, princípio conhecido na doutrina econômica como “*more is better*” (BESSA, 2019, p. 51). A seguir analisa-se a harmonização entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei do Cadastro Positivo a fim de manter preservados os direitos fundamentais dos consumidores.

2. O tratamento de dados pessoais no contexto da Nova Lei do Cadastro Positivo

Apesar de ter sido promulgada em 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) entrou em vigência apenas em 20 de agosto de 2020, tendo sido proposta como forma de efetivar a tutela “da pessoa em vista de variadas formas de controle e contra a discriminação, com o fim de garantir a integridade de aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal”. Para entender a importância deste diploma legal, rememora-se que o domínio sobre a informação é, há séculos, elemento essencial para o exercício do poder nas sociedades (DONEDA, 2020, p. 26). Nos termos da própria LGPD, sancionou-se o:

Art. 1º (...) tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Além de definir diversos termos importantes, a Lei 13.709/2018 estabeleceu, em seu art. 7º, as bases legais para o tratamento de dados pessoais, a partir disso, a coleta de informações somente pode ocorrer caso haja uma hipótese legal que a autorize. O referido artigo, em seu inciso X, dispõe que uma das hipóteses de tratamento de dados pessoais é “X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente”, assim, a utilização de dados pessoais para a construção de um histórico de crédito, mesmo sem o consentimento do titular, como disposto pela Nova Lei do Cadastro Positivo, encontra guarida também na LGPD.

Nota-se que não há restrições específicas na LGPD quanto ao tratamento das informações que seriam utilizadas para a construção do histórico de crédito. Por outro lado, na Nova Lei do Cadastro Positivo, há dois incisos que preveem os dados que não podem ser analisados na construção do histórico de crédito (SIMÃO, 2022, p. 114), quais sejam:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

No entanto, não há menção específicas nos dois diplomas legais acerca da utilização de dados alternativos, que podem ser definidos, de acordo com o *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB 2017, p. 5), como “todos aqueles que se diferem dos tradicionais, encontrados em bancos de dados relacionados à prestação de serviços financeiros”, como por exemplo aqueles relacionados a redes sociais, geolocalização, entre outros. A partir desse ponto, surgem dificuldades quanto aos limites da criação de perfis de consumo e o controle das decisões automatizadas de maneira a preservar a proteção dos dados dos indivíduos.

2.1. Perfilização no âmbito creditício

A perfilização, tradução utilizada para o termo da língua inglesa *profiling*, pode ser conceituada como "uma técnica em que um conjunto de características de uma determinada classe de pessoa é inferido a partir de experiências passadas e, em seguida, dados armazenados são pesquisados para indivíduos com um ajuste quase perfeito a esse conjunto de características" (CLARKE, 1993, p. 403). A perfilização, no âmbito do Cadastro Positivo, é utilizada como uma forma de prever comportamentos financeiros de (in)adimplência dos indivíduos.

Os juristas Danielle Citron e Frank Pasquale cunharam o termo "caixas pretas dos algoritmos" ao tratar da construção de perfis creditícios, denunciando que os birôs de crédito americanos utilizavam dados que não eram conhecidos pelos consumidores para classificá-los com algoritmos que reforçam práticas discriminatórias (CITRON e PASQUALE, 2015, p. 11 e 12). De acordo com os autores, "As pontuações de crédito são tão livres de preconceitos como os dados e o software por trás delas." (Tradução livre), indaga-se, então: quais são os dados utilizados para formação do Cadastro Positivo brasileiro?

Inicialmente, cumpre destacar que o Código de Defesa do Consumidor, em sua seção VI, estabelece algumas regras com relação aos bancos de dados e cadastros de consumidores. Nos termos do art. 43 do referido diploma legal, (i) o consumidor deve ter acesso às informações e suas respectivas fontes utilizadas em seus cadastros; (ii) os cadastros devem ser "claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão"; (iii) a abertura de um cadastro deve "ser comunicada por escrito ao consumidor"; (iv) o consumidor pode exigir correção imediata dos seus dados, tendo o arquivista que comunicar as alterações no prazo de "cinco dias úteis"; (v) as informações negativas acerca dos consumidores só podem ser armazenadas por até cinco anos; e (vi) os "bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e os serviços de proteção ao crédito" são considerados "entidades de caráter público" (ZANATTA, 2019, p. 6).

Destarte, desde a década de 1990, o CDC assegura os direitos de acesso, informação e responsabilidade no que tange aos bancos de dados dos consumidores (ZANATTA, 2019, p. 15). Seguindo essa linha, a Lei Complementar nº 166/2019 incluiu, por meio do art. 7-A, as restrições às informações que não podem ser utilizadas nos bancos de dados, são elas:

Art. 7º-A Nos elementos e critérios considerados para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada em banco de dados de que trata esta Lei,

não podem ser utilizadas informações: (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

I - que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas; (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

II - de pessoas que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica; e (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

III - relacionadas ao exercício regular de direito pelo cadastrado, previsto no inciso II do caput do art. 5º desta Lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 166, de 2019)

Entretanto, a Lei do Cadastro Positivo somente veda a utilização de "informações excessivas" que não se relacionem diretamente com a avaliação de crédito, o problema reside aqui: uma informação pode ser útil estatisticamente para a avaliação de crédito, ainda que não seja uma informação de pagamento (SIMÃO, 2022, p. 114). Nesse sentido, uma informação compartilhada em rede social ou por meio de geolocalização poderia ser empregada na construção do histórico de crédito, seriam estes os dados alternativos que ainda não foram regulamentados e precisam ser pensados em futuras decisões e alterações legislativas.

2.2. A possibilidade de revisão de decisões automatizadas

As decisões automatizadas são aquelas tomadas por algoritmos. De forma simplificada, a máquina, ao tomar uma decisão, vale-se de dados de entrada - que podem ser imagens, textos, sons, entre outros, traduzidos em linguagem digital - para fazer uma predição com fundamento no conhecimento obtido pelo algoritmo durante a fase de treinamento (AGRAWAL, GANS, GOLDFARB, 2018, p. 74). Ainda que este conceito não esteja presente na LGPD ou na Lei do Cadastro Positivo, os diplomas legais garantem ao titular dos dados pessoais o direito à revisão de decisões automatizadas, veja-se, respectivamente:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

Art. 5º São direitos do cadastrado:

VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; (Redação dada pela Lei nº 12.414, de 2011)

O direito de revisão a decisões automatizadas foi uma inovação da Lei do Cadastro Positivo, ainda em sua redação inicial, de 2011, determinando que pessoas naturais possam analisar as decisões algorítmicas e inclusive identificar possíveis discriminações, como por exemplo verificar se a utilização do CEP do consumidor está sendo empregada para identificar o risco de uma operação, atribuindo a residência em localização periférica como um risco maior à concessão de crédito (ZANATTA, 2019, p. 18 e 19). Há, no entanto, uma certa opacidade nessas decisões algorítmicas (CITRON e PASQUALE, 2014, p. 15).

Explica-se. Os Gestores de Bancos de Dados apresentam resistência à divulgação precisa de como funcionam suas fórmulas algorítmicas em razão do sigilo comercial e segredo industrial que a protegem, afinal, esses birôs concorrem com base nas metodologias para formar o histórico de crédito. Além disso, estas empresas afirmam que, caso os consumidores soubessem exatamente as informações utilizadas pelos GBDs, poderiam trapacear o sistema para aumentarem seu *score* de crédito. Aliás, mesmo que os consumidores possuíssem transparência total acerca dos algoritmos, essas informações seriam ininteligíveis para o cidadão comum (SIMÃO, 2022, p. 47).

Nesse sentido, pode haver entraves quando um cidadão for argumentar pela revisão da decisão automatizada, em um primeiro momento, no sentido de compreender os mecanismos do Cadastro Positivo para produzir provas e, em um segundo plano, quando se trata de tratamento discriminatório, o cidadão teria que saber quais dados foram utilizados e em qual medida contribuem para a sua pontuação, informações protegidas pela propriedade intelectual. A solução para esse dilema seria a realização de auditorias externas por órgãos reguladores, prevista como possibilidade pelo artigo 7-A, §2º, da Lei do Cadastro Positivo e pela LGPD em seu art. 20 §2º (PASQUALE, 2015, p. 150), no entanto, até o presente momento, não foi expedida a regulamentação para tanto.

Considerações Finais

A alteração trazida pela Lei Complementar nº 166/2019 na inscrição dos consumidores no Cadastro Positivo, substituindo o modelo *opt in* pelo modelo *opt out*, em princípio causou debate sobre a proteção de dados dos cidadãos brasileiros. Essa discussão pode ser ilustrada por

comentários feitos no Plenário da Câmara dos Deputados; ainda em 20 de fevereiro de 2019, antes da entrada em vigor da Lei Complementar, disse o Deputado Federal Aliel Machado (PSB-PR):

Vamos escolher se defendemos o direito do povo frente ao interesse econômico, porque quem está pressionando pela aprovação do projeto são os bancos que, inclusive, bancaram eleições (SIQUEIRA, 2019).

Não obstante, uma análise mais detida dos dispositivos contidos na Nova Lei do Cadastro Positivo, em conjunto com os direitos e deveres relativos ao tratamento de dados pessoais trazidos com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, revela que os consumidores seguem envolvidos na construção do seu histórico de crédito, com sua autonomia preservada. Há, nesse sentido, obrigações explícitas aos birôs de crédito no que tange ao aviso que deve ser dado aos consumidores após sua inclusão no Cadastro Positivo, garantindo que este tratamento não ocorra sem o conhecimento dos titulares dos dados.

Insta rememorar que, antes da LC nº 166/2019, apenas 10% dos cidadãos brasileiros estavam inscritos no Cadastro Positivo, o que impedia que os benefícios creditícios desse instituto pudessem ser de fato constatados pela população. A mudança foi realizada com o propósito de aumentar a adesão dos consumidores, mas não concedeu poder ilimitado aos Gestores de Bancos de Dados.

Nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados, a transparência é um princípio que deve reger o tratamento de dados pessoais, garantindo “aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial” (art. 6º, VI). No ponto, mesmo que possa haver aspectos a serem mais profundamente examinados, como o dos dados alternativos, a Lei do Cadastro Positivo delimitou as informações utilizadas na formação do banco de dados, exigindo que sejam “objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado” (art. 3º), fornecendo ainda os conceitos de cada um desses pontos:

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações:

I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;

II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;

III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e

IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

Ante o exposto, nota-se uma harmonização entre a proteção de crédito e a proteção de dados dos indivíduos, principalmente considerando que a boa utilização do Cadastro Positivo permite que os consumidores possam ter acesso a crédito com taxas e juros reduzidos em vista de seu histórico de adimplência. Por fim, é importante sublinhar que a Lei do Cadastro Positivo, por meio do § 2º do art. 7º-A, preceitua que

a transparência da política de coleta e utilização de dados pessoais de que trata o § 1º deste artigo deve ser objeto de verificação, na forma de regulamentação a ser expedida pelo Poder Executivo.

Destarte, o dispositivo legal não apenas delimitou as informações que podem ser utilizadas e os agentes responsáveis pelo tratamento, como também possibilitou a regulamentação do controle e fiscalização da transparência da política de tratamento de dados. Espera-se que esta regulamentação seja expedida o quanto antes, garantindo que o disposto no ordenamento jurídico pátrio, no que concerne à proteção da privacidade dos cidadãos, seja executado na prática.

Referências bibliográficas

AGRAWAL, Ajay; GANS, Joshua; GOLDFARB, Avi. Máquinas Preditivas: a simples economia da inteligência artificial. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2018. Tradução de Wendy Campos.

BESSA, Leonardo Roscoe. A nova Lei do Cadastro Positivo. DIREITO DO CONSUMIDOR, p. 51-68, 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, de 9 de junho de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. Revista de Direito do Consumidor – RDC, v. 46, 2003.

CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank. The scored society: due process for

automated predictions. *Washington Law Review*, v. 89, 2014

CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. *Journal of Law & Information Science*, v. 4, 1993.

CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU. *Request for information regarding use of alternative data and modeling techniques in the credit process*, 2017. Disponível em: <http://files.consumerfinance.gov/f/documents/20170214_cfpb_Alt-DataRFI.pdf>. Acesso em: 30 de abr. de 2023.

CORTAZIO, R. Soares. Bancos de dados no Brasil: uma análise do sistema credit scoring à luz da LEI N. 13.709/2018 (LGPD). *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, [S. l.], v. 2, n. 3, 2019. DOI: 10.46818/pge.v2i3.99. Disponível em: <<https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/99>>. Acesso em: 27 jun. 2023.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Da privacidade à proteção de dados pessoais [livro eletrônico] : elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

FALCÃO, Rafael dos Santos. Bancos de dados de proteção ao crédito e a lei do cadastro positivo. 2016.

FOURCADE, Marion; HEALY, Kieran. Seeing like a market. *Socio-Economic Review*, p. 9-29, 2016.

KRIPPNER, Greta R. Democracy of Credit: Ownership and the Politics of Credit Access in Late Twentieth-Century America. *American Journal of Sociology*, v. 123, n. 1, p. 1-47, 2017.

MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019.

PRIMEIRA audiência pública do STJ terá transmissão pelo YouTube. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-24/primeira-audiencia-publica-stj-transmissao-youtube>>. Acesso em: 26 de abr. de 2023.

RAMOS, Igor Nasser Alves et al. Reflexos da Lei do Cadastro Positivo e da Lei Geral de Proteção de Dados-aspectos “conflituosos” entre privacidade e fomento ao crédito: um estudo a partir do diálogo das fontes. *Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)-Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2019.

SEBBEN, Naiara Anna. Mercado de crédito, LGPD e cadastro positivo: Reflexões acerca da Lei nº 13.709/2018 e da Lei Complementar nº 166/2019. Londrina, PR: Thoth, 2021.

SIMÃO, Bárbara Prado. *Entre privacidade e eficiência econômica: a trajetória da pontuação de crédito no Brasil*. 2022. Tese de Doutorado.

SIQUEIRA, Carol. Cadastro positivo obrigatório gera debate sobre privacidade e bancos. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 19 de jan. de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/552246-cadastro-positivo-obrigatorio-gera-debate-sobre-privacidade-e-bancos/>>. Acesso em: 3 de mai. de 2023.

ZANATTA, Rafael AF. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Publicado em: fevereiro de 2019.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. London: Profile books, 2019.

