

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
MESTRADO EM DIREITO

NAIARA ANNA SEBEN

**O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O MERCADO DE CRÉDITO
NO BRASIL: ANÁLISE À LUZ DA LEI N° 13.709/2018 (LGPD) E DA LEI
COMPLEMENTAR N° 166/2019**

MARÍLIA
2020

NAIARA ANNA SEBBEN

**O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O MERCADO DE CRÉDITO
NO BRASIL: ANÁLISE À LUZ DA LEI N° 13.709/2018 (LGPD) E DA LEI
COMPLEMENTAR N° 166/2019**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da
Profa. Dra. Suelen Carls.

MARÍLIA
2020

Sebben, Naiara Anna

O direito à proteção de dados pessoais e o mercado de crédito no Brasil:
análise à luz da Lei 13.709/2018 (LGPD) e da Lei Complementar 166/2019
Naiara Anna Sebben – Marília: UNIMAR, 2020.

144 f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos,
Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília,
2020.

Orientação: Prof^ª. Dr^ª. Suelen Carls

1. Inadimplência 2. Mercado de Crédito 3. Proteção de Dados
Pessoais I. Sebben, Naiara Anna

CDD – 340

NAIARA ANNA SEBEN

O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O MERCADO DE CRÉDITO NO
BRASIL: ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.709/2018 (LGPD) E DA LEI
COMPLEMENTAR Nº 166/2019

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social, sob a orientação da Profa. Dra. Suelen Carls.

Aprovada pela Banca Examinadora em __/__/____

Profa. Dra.
Suelen Carls

Prof. Dr.
Valter Moura do Carmo

Profa. Dra.
Cristiani Fontanela

*Para Antonio Rocco Sebben
(in memoriam)*

Dedico este estudo a todos os profissionais que atuam ou atuaram na arte da recuperação de crédito no Brasil. Tarefa árdua que exige habilidades técnicas, mentais e emocionais. Um trabalho invisível ao reconhecimento público, contudo, de significativa contribuição à ordem econômica e ao desenvolvimento do país.

AGRADECIMENTOS

Sobretudo, agradeço a Deus, que a seu tempo e através da força de seu espírito santo, preparou minha trajetória de vida para chegar à concretização deste trabalho.

Destaco um agradecimento especial a meu amado pai, Antonio Rocco Sebben (*in memoriam*), a quem reconheço pelo amor incondicional e, dentre tantas lições, as primeiras noções de educação e responsabilidade financeira, as quais forjaram meu modo de ser e pensar. Agradeço a minha mãe, Adaires Maria Dalberto Sebben, e minha irmã, Francieli Sebben, pela presença e pelo apoio constante por todo o período de concretização deste trabalho.

A minha pequena notável, Ana Sofia Sebben Bastos, filha amada, agradeço pela inspiração diária e pela compreensão devido às horas de atenção roubadas durante a dedicação aos estudos. A meu amado companheiro Manoel Messias Gonçalves Bastos, agradeço, sobretudo, pela paciência e compreensão nesse longo período de estudos.

A minha orientadora Suelen Carls, pelo respeito e liberdade de construção intelectual, além de todo apoio e orientações. Realmente, tê-la como orientadora não foi por acaso, sua sensibilidade e criticidade foram fundamentais e a tornam muito especial.

Agradeço ao Banco do Brasil, empresa que há dezesseis anos me recebeu como parte de sua equipe e que ao longo desses anos me proporcionou diversas experiências relevantes em oito prefixos de quatro estados do país. Dentre as quais destaco, já na função de gestora de agência varejo, a forte atuação na recuperação de crédito e na gestão da PCLD nos anos de crise econômica de 2015 a 2017, fato que marcou uma geração de novos administradores (geração PCLD) e que serviu de inspiração para este estudo.

Aos colegas de trabalho que acompanharam todo esse período, com destaque ao Django Munhoz Agrayde, que na condição de meu superior hierárquico, além de autorizar as ausências para as aulas, incentivou incondicionalmente a realização deste projeto. Ao colega Helder Ferro, pela lealdade e apoio nos dias em que me ausentei para as aulas.

Agradeço a Universidade de Marília pelo modelo de curso e carga horária, permitindo o acesso a um curso de Mestrado a muitos estudantes espalhados, não apenas do interior de São Paulo, mas por todo Brasil.

Aos professores da Universidade de Marília, com destaque para o professor Dr. Paulo Roberto Pereira, pela generosidade em proporcionar aos estudantes e operadores do direito uma experiência única de imersão em uma cultura jurídica estrangeira, permitindo uma compreensão mais profunda da nossa. Ao professor Dr. Jonathan de Barros Vita, pela atualidade de seus temas e teorias, desafiando os mestrandos a explorarem searas até então desconhecidas. E ao

professor Dr. Valter Moura do Carmo, pela orientação e correção metodológica, além dos *insights* teóricos e ao Me. Gabriel Severo Venco Teixeira da Cunha, pelo auxílio valioso na revisão gramatical e metodológica.

Ao Data Privacy Brasil e seus fundadores, Prof. Me. Bruno Bioni e Prof. Me. Renato Monteiro, por proporcionarem uma rica troca de conhecimentos e *networking* aos entusiastas do Direito à proteção de dados pessoais.

Agradecimento especial ao Dr. Elias Sfeir, presidente da Associação Nacional do Bureaus de Crédito no Brasil pela disposição e atenção dispensada.

Agradeço ainda a amiga Francieli Consuelo Weimer Vianini, pela parceria nos cursos do Data Privacy e pelos diálogos sempre enriquecedores acerca do assunto.

A minha turma de mestrado 2017/02, com destaque a Mariana Rivero, Igor Pereira, Bruno Galopini, Luciano Bergonso e a Cláudia Jacon, pela companhia e pela amizade, proporcionando um pouco de leveza nessa intensa jornada.

A informação representa o principal ingrediente de nossa organização social.
Manuel Castells

RESUMO

O Direito à privacidade ganhou novas perspectivas com os avanços tecnológicos e o crescimento exponencial do fluxo informacional, surgindo assim um desdobramento: o direito à proteção de dados pessoais. Por sua vez, o impacto de leis dessa natureza gerou significativas reações nos mais diferentes setores da economia, sendo um deles o mercado de crédito. Embora a prática de coleta e tratamento de dados pessoais para análise de crédito e cálculo de *score* seja centenária, os *players* envolvidos no mercado de crédito precisam adequar seus processos de acordo com as novas regras e limitações ao uso de dados pessoais. Situação que provoca inúmeras polêmicas na cena jurídica brasileira, principalmente após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 166/2019, que alterou as regras do denominado Cadastro Positivo, e a promulgação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), cuja entrada em vigor está prevista para agosto de 2020. Nesse contexto, estruturada com apoio de levantamento bibliográfico e do método dedutivo, a análise proposta tem por objetivo descrever as peculiaridades que tornam o mercado de crédito no país um modelo *sui generis*, para assim propor um diálogo entre a LGPD e a Lei Complementar nº 166/2019, de modo a superar supostas controvérsias entre ambas. Não obstante, em um primeiro momento, o texto aborda a evolução da dinâmica das metodologias de análise de crédito e o forte arcabouço legal a respeito do risco de crédito ao qual as instituições financeiras estão sujeitas. Na sequência, contextualiza o mercado de crédito brasileiro, com destaque para o fenômeno da inadimplência e suas causas. Para então, analisar o multifacetado conceito de privacidade e as implicações da coleta, tratamento e armazenamento de dados pessoais na sociedade em rede, destacando a evolução das normas referentes à temática da proteção de dados pessoais no exterior e no país. Finalmente, esta dissertação procura demonstrar uma perspectiva interpretativa que busque atender a premente harmonização das regras de proteção de dados pessoais, considerando essas uma extensão do direito à privacidade garantido constitucionalmente, com a dinâmica do mercado de crédito e seus mecanismos de controle, em especial, as novas regras do cadastro positivo, de forma a ponderar que tanto o respeito às garantias e direitos fundamentais quanto o relevante papel desempenhado pelo mercado de crédito precisam ser simultaneamente preservados.

Palavras-chave: Cadastro Positivo. Inadimplência. Mercado de Crédito. Proteção de dados pessoais.

ABSTRACT

The right to privacy has gained new perspectives with technological advances and the exponential growth of the information flow, resulting in a development: the right to the protection of personal data. In turn, the impact of laws of this nature has generated significant reactions in the most different sectors of the economy, one of which is the credit market. Although the practice of collecting and processing personal data, for credit analysis and score calculation, is centuries old, the players involved in the credit market need to adapt their processes according to the new rules and limitations on the use of personal data. Situation that causes many controversies in the Brazilian legal scene, mainly after the entry into force of Complementary Law no. 166/2019, which amended the rules of the so-called Positive Registry, and the enactment of Law no. 13.709/2018 (General Law for the Protection of Personal Data - LGPD), whose entry into force is scheduled for August 2020. In this context, structured with the support of bibliographic survey and the deductive method, the proposed analysis aims to describe the peculiarities that make the credit market in the country a *sui generis* model, thus proposing a dialogue between the LGPD and Complementary Law no. 166/2019, in order to overcome alleged controversies between both. However, at first, the text addresses the evolution of the dynamics of credit analysis methodologies and the strong legal framework regarding credit risk, to which financial institutions are subject. Then, it contextualizes the Brazilian credit market, with emphasis on the phenomenon of defaults and its causes. Then, analyzes the multifaceted concept of privacy and the implications of the collection, treatment and storage of personal data in the networked society, highlighting the evolution of the norms regarding the protection of personal data abroad and in the country. Finally, this dissertation seeks to demonstrate an interpretative perspective that seeks to meet the urgent harmonization of the rules of protection of personal data, considering these an extension of the right to privacy constitutionally guaranteed, with the dynamics of the credit market and its control mechanisms, in particular, the new rules of positive registration, in order to consider that both respect for guarantees and fundamental rights, as well as the relevant role played by the credit market, must be simultaneously preserved.

Keywords: Positive Registration. Default. Credit Market. Protection of personal data.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	METODOLOGIAS DE CÁLCULO DE SCORE E DE ANÁLISE DE CRÉDITO: TEORIA E EVOLUÇÃO	19
2.1	PANORAMA GERAL DO MERCADO DE ANÁLISE DE CRÉDITO.....	19
2.2	ANÁLISE E RISCO DE CRÉDITO.....	20
2.3	METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE CRÉDITO.....	24
2.3.1	Os C's do Crédito.....	26
2.3.2	Modelo <i>Credit Scoring</i>.....	27
2.3.3	Modelo <i>Behaviour Scoring</i>.....	28
2.4	SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS APLICÁVEIS NA ANÁLISE DE CRÉDITO.....	29
2.4.1	Mineração de Dados (<i>Data Mining</i>) e <i>Big Data</i>	29
2.5	CLASSIFICAÇÃO DO RISCO DE CRÉDITO SEGUNDO RESOLUÇÃO Nº 2.682/99 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E O BANCO CENTRAL DO BRASIL.....	32
2.5.1	Classificação das Operações de Crédito.....	37
3	O ECOSISTEMA JURÍDICO CONSUMERISTA BRASILEIRO E O MERCADO DE CRÉDITO E OS NOVOS MECANISMOS DE ANÁLISE DE CRÉDITO	41
3.1	CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RAÍZES CULTURAIS DO INADIMPLENTO NO BRASIL	41
3.2	A ESTRUTURA DO ECOSISTEMA JURÍDICO CONSUMERISTA E A INADIMPLÊNCIA NO BRASIL	43
3.2.1	Uma Visão Sistêmica do Fenômeno da Inadimplência.....	46
3.3	O SISTEMA FINANCEIRO, O MERCADO DE CRÉDITO E A INADIMPLÊNCIA	51
3.4	COMPREENDENDO O CENÁRIO DA SOCIEDADE EM REDE E A RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS BANCOS DE DADOS	53
3.4.1	Crescimento Exponencial do Tráfego de Dados Pessoais.....	54
3.5	LEI COMPLEMENTAR Nº 166/2019 (NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO): ASPECTOS E FUNCIONALIDADES	60
4	A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE EM REDE E A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	66
4.1	NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE	66
4.2	PRINCÍPIOS E TEORIAS INERENTES À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	74

4.2.1 A Crescente Relevância do Direito à Proteção de Dados Pessoais na Sociedade em Rede.....	74
4.3 <i>GUIDELINES</i> , DIRETIVA 95/46 E REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (GDPR)	77
5 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO E O MERCADO DE CRÉDITO	89
5.1 DAS LEIS SETORIAIS À LEI 13.709/2018 - LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)	89
5.2 LEI Nº 13.709 DE 2018, LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) BRASILEIRA	93
5.3 A PROTEÇÃO AO CRÉDITO COMO BASE LEGAL PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E SUAS CONTROVÉRSIAS.....	99
6 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	117
ANEXO A – ESTUDO DO SPREAD BANCÁRIO.....	124

1 INTRODUÇÃO

Este estudo é apresentado em um contexto econômico no qual cerca de 60 milhões de brasileiros se encontram inadimplentes e, paralelamente, leis de proteção de dados pessoais, com forte apelo à proteção do Direito à privacidade, emergem mundo afora. No Brasil, a contagem regressiva para entrada em vigor da Lei nº 13.709 de 2018 (LGPD-Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), prevista para agosto de 2020, amplia a ansiedade de seus entusiastas.

Dados pessoais são reconhecidamente considerados ativos relevantes para as empresas. Tanto transações comerciais como pessoais caminham através de cabos de fibra ótica, em que o fluxo informacional ganha *status* de combustível fundamental para o funcionamento da própria sociedade global.

Por outro lado, a monetização dos bancos de dados, bem como práticas abusivas de tratamento e enriquecimento de bases de dados, coloca os regulamentos de proteção de dados pessoais em uma categoria de relevância especial.

Principalmente, devido ao forte impacto reputacional, tanto para as instituições como para os países que, porventura, não estabeleçam um *assessment* adequado a fim de garantir boas práticas na coleta e tratamento de dados pessoais, prejudicando a transparência e a *accountability* aos titulares dos dados.

Logo, as regulações pertinentes à proteção de dados pessoais atingem uma grandiosidade comparável às regras de proteção ao meio ambiente, de combate à corrupção e de defesa dos direitos humanos.

Exigências previstas nesses regulamentos obrigam um esforço multidisciplinar dentro das corporações, envolvendo não apenas a área jurídica, mas áreas de gestão, de governança corporativa e de tecnologia de informação. Por sua vez, afetam todos os mercados como saúde, educação, comunicação e, em especial, o setor financeiro, mais especificamente, o mercado de crédito.

Nessa perspectiva, destacando-se que o processo de análise e concessão de crédito tem como matéria-prima a análise de dados pessoais, como históricos de pagamento, renda e patrimônio, por exemplo, e diante desse cenário de novas regulamentações pertinentes a proteger o uso de dados pessoais, identificou-se uma questão relevante a ser discutida: Como adequar a centenária prática de coleta, armazenamento e tratamento de dados para fins de análise e concessão de crédito com as novas regras de proteção de dados pessoais emergentes?

Partiu-se do pressuposto de que a coleta e o tratamento de dados pessoais é condição *sine qua non* para o funcionamento equilibrado do mercado de crédito, e da hipótese de que possíveis abusos e ilegalidades no uso e tratamento para esses fins podem existir e devem ser punidos.

Em contrapartida, nesse contexto, também foi considerado que uma interpretação mais severa das regras de proteção de dados pessoais, a partir de uma aparente premissa de que a coleta e tratamento de dados, para fins de análise e concessão de crédito, enseja suposta discriminação ou desrespeito a direitos fundamentais, pode inviabilizar o funcionamento do mercado em análise, afetando a economia como um todo.

Nesse sentido, o principal objetivo deste estudo está na necessidade de adequar a dinâmica de coleta e tratamento de dados pessoais para o fim específico de análise e concessão de crédito. Sobretudo após a entrada em vigor das novas regras do denominado cadastro positivo, de maneira a harmonizar sua implementação com os princípios de proteção de dados pessoais e, principalmente, com a nova lei geral de dados pessoais brasileira, sem inviabilizar o funcionamento do mercado de crédito no país.

No intuito de esclarecer a problemática apresentada, utilizou-se de levantamento bibliográfico e do método dedutivo para discorrer acerca das peculiaridades do mercado de crédito brasileiro, colocando em perspectiva o fenômeno da inadimplência no Brasil e os possíveis efeitos positivos advindos com as novas regras do cadastro positivo.

Ao mesmo tempo, foram analisados os aspectos relativos à evolução do Direito à privacidade até a relevância alcançada na atualidade pelo Direito à proteção de dados pessoais. Isso em uma sociedade cada vez mais movida por dados, de modo a destacar alternativas interpretativas de como esse Direito se aplica no mercado de crédito.

Para tanto, foram estabelecidos quatro capítulos, sendo que cada qual tratou de um objetivo específico.

No primeiro capítulo fez-se imprescindível explicar, a partir de uma análise descritiva, o funcionamento do mercado de crédito, com destaque para a importância das metodologias de análise de crédito como mitigadores de risco e mecanismos de controle da inadimplência. Buscou-se destacar conceitualmente algumas das metodologias tradicionais de análise de crédito e a evolução apresentada pelas soluções tecnológicas hoje existentes, sem adentrar em fórmulas ou cálculos estatísticos, já que esse não é o escopo deste trabalho.

Foi salientado ainda que paralelamente ao mercado de crédito funciona o mercado de análise e gestão de risco de crédito, composto por instituições, empresas especializadas, bureaus de crédito, acadêmicos e engenheiros financeiros e da computação. Esses, constantemente,

constroem novos modelos e soluções visando auxiliar, com maior acurácia, a tomada de decisão de concessão e crédito, tornando-o cada dia mais sofisticado.

Dessa maneira, demonstrou-se a dinâmica e a evolução da análise e concessão de crédito no mercado brasileiro. Evidenciando para a comunidade jurídica, em linhas gerais, a teia complexa de princípios, técnicas e métodos que envolvem as análises de crédito e de risco de crédito.

A fim de permitir uma compreensão desse mercado no que diz respeito à dinâmica de funcionamento das metodologias de análise de crédito, como também das regras e padrões internacionais que regem o sistema financeiro, colocando em perspectiva a relevância do risco de crédito e como esse é mensurado pelos órgãos reguladores.

Propôs-se, assim, um ponto de vista de “chão de fábrica” que revelasse a complexidade do processo de análise de crédito, além das normativas a serem observadas pelas instituições financeiras quanto à mensuração do risco de crédito e a provisão para crédito de liquidação duvidosa (PCLD). Em especial, as premissas para análise e classificação de risco previstas na Resolução nº 2.682 do Banco Central do Brasil.

Com isso, procurou-se evitar uma possível hostilidade instintiva¹ inicial, como às vezes se verifica por visões predispostas, e até preconceituosas e negativas, da dinâmica do mercado de crédito e das instituições financeiras. A percepção geral, no que diz respeito à dinâmica da concessão de crédito, por vezes é bastante equivocada. As Instituições Financeiras são comumente acusadas de responsáveis pelas altas taxas de juros praticadas, ignorando-se o processo de concessão de análise de crédito como um todo e, principalmente, o impacto da inadimplência nas taxas de juros.

O segundo capítulo tem por escopo traçar o cenário da inadimplência no Brasil, com destaque para fatores que, do ponto de vista do comportamento econômico, favoreceram ou influenciaram os crescentes índices verificados recentemente. O denominado fenômeno da inadimplência aumentou consideravelmente nos últimos anos, de maneira que o mercado de crédito brasileiro possui altos índices de inadimplência e calotes. Isso em contraste com baixos índices de recuperação de crédito de operações quando ajuizadas, se comparados às médias internacionais.

Sendo assim, é relevante diferenciar pelo menos duas categorias de inadimplentes. A primeira como dos inadimplentes eventuais, ou devedores de boa-fé, que chegaram a uma

¹ “Hostilidade instintiva” foi a expressão utilizada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino do STJ em sede de recursos especial 1419697/RS, quando decidiu pela legalidade da metodologia *credit scoring*.

situação de desequilíbrio financeiro, principalmente por motivos de força maior, como desemprego, problemas de saúde na família, catástrofes naturais e divórcios. A segunda categoria pode ser definida como a dos devedores contumazes, que são aqueles que apesar de possuírem meios e condições para honrar seus débitos, ou pelo menos para recompor suas dívidas em novas renegociações, preferem o inadimplemento e a negativação.

Quanto ao crescimento da segunda categoria de inadimplentes, vale adicionar o fato de que uma geração inteira de brasileiros cresceu sob a proteção das regras do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Esse determina a exclusão das informações negativas dos inadimplentes dos serviços de proteção ao crédito após o prazo de cinco anos. Dispositivos dessa natureza estimulam decisões e influenciam comportamentos, tais como a relativização da obrigação de quitar dívidas. É corriqueiro, entre as gerações mais novas, uma despreocupação com a possível negativação decorrente do atraso no pagamento de seus débitos.

Outra variável relevante a ser considerada refere-se ao fato de que, em estudos recentes divulgados pela FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos), a inadimplência é a principal causa das altas taxas de juros praticadas no país. Sendo assim o intuito principal, nesses dois primeiros capítulos, foi descrever o funcionamento do mercado de crédito brasileiro e as peculiaridades que o tornam *sui generis* perante o mercado de crédito internacional. Enfatizando-se, sobretudo, a insegurança jurídica gerada pela inadimplência e os diversos fatores que potencializam esse fenômeno no país.

Diante do impacto significativo da inadimplência para a economia como um todo, exigiu-se do poder público a implementação de novas políticas públicas, como a recente inovação trazida pela Lei Complementar nº 166/2019, que alterou significativamente as regras do denominado cadastro positivo. Esse é um mecanismo de controle e prevenção da inadimplência já existente em pelo menos setenta países. A nova determinação prevê a inclusão compulsória de consumidores nas bases de dados do cadastro positivo por agentes autorizados pelo Banco Central a operacionalizá-lo. São os denominados Gestores de Bancos de Dados (GBD's), resguardado o direito de exclusão.

Com isso, há uma grande expectativa de impacto relevante, sendo que as novas regras do cadastro positivo podem ser consideradas uma verdadeira mudança de paradigma na dinâmica do mercado de crédito. Isso porque as legislações até então existentes, bem como a própria estrutura e funcionamento do judiciário brasileiro, intensificaram a expansão do inadimplemento contumaz.

Ainda no segundo capítulo, contextualiza-se a realidade da sociedade em rede e a relevância dos bancos de dados em uma economia movida por dados. Fator que gerou uma movimentação política mundial clamando proteção diferenciada ao direito à privacidade.

Na sequência, o terceiro capítulo procura elencar diversas bases teóricas do Direito à privacidade, contextualizando a realidade da proteção de dados pessoais na sociedade em rede e as relações jurídicas advindas do ciberespaço. São observadas uma série de linhas de pesquisa e pontos de vista produzidos pelo debate sobre o Direito à privacidade para, então, analisar o percurso e a evolução das discussões acerca do Direito à proteção de dados pessoais e os aspectos considerados mais relevantes para uma compreensão sistêmica da realidade.

Destaca-se ainda, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR) e suas bases principiológicas devido à grande influência desse regramento no Direito brasileiro e seu impacto extraterritorial.

Finalmente, o quarto capítulo visa delinear os princípios e as bases legais para garantia da proteção de dados pessoais previstos na Lei nº 13.709 de 2018 (LGPD), Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, além de evidenciar as leis setoriais mais relevantes para o mercado de crédito. Enfatiza-se, ainda, que o uso e o tratamento de dados pessoais para a finalidade específica de análise e concessão de crédito, antes mesmo da entrada em vigor da LGPD no Brasil, gerou uma série de supostas controvérsias. Principalmente quando confrontado com as novas regras do cadastro positivo, sendo necessário delinear os princípios e as bases legais para garantia da proteção de dados pessoais previstos na LGPD, comparando-os com o Regulamento Europeu (GDPR) em vigor desde 2018.

Por conseguinte, coloca-se em perspectiva o inciso X do artigo 7º da LGPD, o qual elenca a proteção ao crédito como base legal para a coleta e tratamento de dados pessoais no país e seus desdobramentos no ambiente regulatório nacional.

Considerando que o uso e o tratamento de dados pessoais para cálculos de score de crédito e análise e concessão de crédito gera uma série de supostas controvérsias e, considerando ainda, que legislações pertinentes à proteção de dados pessoais visam dar transparência na utilização e na finalidade do uso dos dados pessoais, além de evitar a coleta desnecessária e o uso abusivo de bancos de dados.

O estudo proposto buscou estabelecer uma interpretação das inovações legislativas acima elencadas com a finalidade de compreender o contexto em que essas estão inseridas.

Na busca de harmonizar a necessidade de garantir o Direito à proteção de dados pessoais, como uma extensão do Direito à privacidade, com a dinâmica e o funcionamento pleno e sadio do mercado de crédito. Esse, por sua vez, ao mesmo tempo em que é fundamental

para o desenvolvimento econômico, necessita, para concretizar seu papel, da análise de dados pessoais como matéria-prima.

2 METODOLOGIAS DE CÁLCULO DE SCORE E DE ANÁLISE DE CRÉDITO: TEORIA E EVOLUÇÃO

Como capítulo introdutório busca-se apresentar a dinâmica de funcionamento do mercado de análise de crédito e risco, sua evolução teórica e sofisticação advinda conjuntamente à utilização de novas tecnologias digitais.

2.1 PANORAMA GERAL DO MERCADO DE ANÁLISE DE CRÉDITO

A ciência de medição e gestão de risco de crédito não é estática e está em desenvolvimento contínuo. Caminhando paralelamente ao mercado de crédito está o mercado de análise e gestão de risco de crédito, composto por instituições, empresas especializadas, bureaus de crédito, acadêmicos e engenheiros financeiros e da computação. Os quais, por sua vez, constantemente constroem novos modelos e soluções que auxiliem, com maior acurácia, a tomada de decisão e a concessão de crédito.

Em primeiro lugar, apresentam-se conceitualmente algumas das metodologias tradicionais de análise de crédito e das soluções tecnológicas mais modernas hoje existentes, como o *big data* e a inteligência artificial, sem adentrar em fórmulas ou cálculos estatísticos, já que não é esse o escopo deste trabalho. Busca-se, assim, demonstrar a relevância e a complexidade de todo o processo de análise de crédito, evitando uma possível hostilidade instintiva ocasionada, algumas vezes, por uma visão preconcebida e negativa da atividade financeira e creditícia.

Em segundo lugar, far-se-á a análise das ferramentas regulatórias que podem ser empregadas para classificação do risco. Em especial, as premissas para a análise e classificação de risco previstas na Resolução nº 2.682, do Conselho Monetário Nacional/Banco Central do Brasil, que é o espelhamento do arcabouço regulatório internacional ao qual se submetem as Instituições Financeiras.

O foco é descrever a realidade do mercado financeiro e como ele é calibrado por intermédio de um denso sistema regulatório. Esse é necessário devido à natureza da atividade financeira e aos riscos inseridos nesta para a economia como um todo.

Importa acrescentar que tais mecanismos também são utilizados em outras áreas das instituições financeiras como, por exemplo, análise de carteiras de fundos e ações, análise de operações com derivativos, contratos de balcão como swaps e contratos a termo. Todavia, este

estudo limita-se a tratar da aplicação desses métodos e teorias na análise e gestão de risco de operações de crédito, mais especificamente créditos para pessoas físicas em geral.

Por conseguinte, trata-se de um capítulo introdutório com a finalidade de fornecer subsídios para um exame posterior acerca da utilização de dados pessoais, com a finalidade específica de análise e concessão de crédito. Tal conforme preconizado na Lei Complementar nº 166/19, que alterou as regras para o denominado cadastro positivo, e na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) que entrará em vigor em 16 de agosto de 2020.

2.2 ANÁLISE E RISCO DE CRÉDITO

A concessão de crédito como atividade operacional configura-se em processo de raciocínio e de lógica, desde a decisão de um crédito bancário até a venda de algum bem a prazo (crédito comercial) e implica no estabelecimento de uma relação de confiança. Para José Roberto Securato:

Desde a Idade Moderna, agentes atuam como intermediários entre fornecedores de recursos e tomadores de crédito. Com a evolução dos sistemas financeiros, surgiram as instituições responsáveis pela captação de recursos no mercado por meio de produtos padronizados (tais como depósitos a vista, fundo de investimento, certificado de depósito bancário, poupança) e aplicação de parte desse montante captado em vários setores da economia na forma de empréstimos e financiamentos [...] (SECURATO *et al.*, 2012, p. 59).

A atuação das Instituições Financeiras no mercado de crédito é o símbolo maior dessa dinâmica, sendo uma de suas atividades mais relevantes a intermediação de recursos, fornecendo linhas de crédito tanto para pessoas físicas como jurídicas. Tais negócios, quando bem estruturados, configuram-se em verdadeiros impulsionadores do desenvolvimento econômico.

Para José Pereira da Silva (2008), crédito consiste na entrega de um valor presente mediante uma promessa de pagamento. Outra definição para crédito encontra-se em Schrickel:

Crédito é todo ato de vontade ou disposição de alguém de destacar ou ceder, temporariamente, parte de seu patrimônio a um terceiro, com a expectativa de que esta parcela volte a sua posse integralmente, após decorrer o tempo estipulado (SCHRICKEL, 2000, p. 25).

O mercado de crédito é um dos mais relevantes para uma economia de mercado, pois exerce o papel de alavancar os negócios e promover, assim, o desenvolvimento da economia como um todo. Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 355)

afirma que, em todo o mundo, o crédito é incluído entre as manifestações da vida econômica que integram o corpo básico das relações jurídicas de consumo.

Paralelo a esse mercado encontra-se o de análise de crédito e gestão de risco de crédito, mercado que corresponde às empresas especializadas no desenvolvimento de metodologias e soluções tecnológicas voltadas a aperfeiçoar plataformas que permitam uma boa análise e concessão de crédito.

Por definição, a análise de crédito consiste, nos dizeres de Schrickel (2000, p. 27), em um processo que envolve a habilidade de fazer uma decisão de crédito dentro de um cenário de incertezas, constantes mutações e informações incompletas. O autor complementa que essa habilidade depende da capacidade de analisar logicamente situações, não raro, complexas, e chegar a uma conclusão clara, prática e factível de ser implantada.

Entrelaçado à concessão de crédito está o risco do ciclo da operação de crédito não se concretizar dentro da normalidade. Sendo assim, ao abordar os mecanismos de análise de crédito, cabe ressaltar os parâmetros de avaliação do risco, de maneira à buscar compreender como esse é ponderado.

Nesse contexto, Talita Dayane Metzner e Alberto Borges Matias (2015) apontam a gestão do risco como inerente à função financeira, afinal, as decisões tomadas em relação aos ativos geram possibilidades de perdas, logo, a remuneração do risco é um fator que impulsiona a geração de valor. Explicam, assim, que o aplicador de recursos exigirá retornos maiores quanto maior for o grau de risco, tornando-se fundamental conhecer bem o indivíduo ou a empresa antes de lhe conceder recursos.

Ainda, relatam que durante um longo período de inflação vivido no Brasil, entre as décadas de 80 e 90 do século XX, o mercado de crédito desenvolveu-se de forma incompleta, pois a posição dos grandes bancos era a de financiar a dívida interna. Isso em virtude de possuir maior liquidez, percepção de menor risco e taxas de juros extremamente elevadas (METZNER; MATIAS, 2015, p. 38). A estabilidade alcançada com o plano real mudou o cenário, de modo a favorecer a expansão do mercado de crédito.

Quanto ao risco de crédito, Securato *et al.* (2012, p. 59) o conceitua como a possibilidade da operação não se encerrar de forma esperada. Sendo assim, esclarece que os modelos de avaliação, em geral, objetivam encontrar características de insucesso nas operações de crédito. A análise costuma ser feita por agências (empresas) de classificação independente, agências de *rating*.

A compensação do risco de crédito acontece, como ensina Raquel Sztajn (2011), com a cobrança de um prêmio, o *spread*. Esse seria a diferença entre o que a instituição que concede o adiantamento cobra e o que paga ao doador da moeda. Nesse sentido, explica o seguinte:

Avalia-se a probabilidade de inadimplimento pelo devedor, ou inversamente, se o histórico é o do bom pagador. É o mérito no crédito o que não exclui problemas de seleção adversa, nem de *moral hazard*, conduta negligente depois de ter recebido o adiantamento.

Otimizar o risco de crédito depende de confiança. Por isso, a par da duração do relacionamento, as instituições financeiras adotam processos de análise inicial, o screening, e monitoram o devedor até o adimplimento total da obrigação (SZTAJN, 2011, p. 142, grifos do autor).

O conceito de *moral hazard*² apresentado acima é bastante relevante para a compreensão do contexto do mercado de crédito brasileiro, no qual se identificam pelo menos três tipos de devedores: a) o adimplente, aquele que mantém seus débitos em dia; b) o inadimplente casual ou eventual, aquele que por motivo de força maior, tais como desemprego, doença na família, divórcio etc., passa por desequilíbrio financeiro e seus débitos sofrem atraso; e, c) o inadimplente contumaz (ou devedor contumaz), sobre o qual se aplica o conceito de *hazard*, considerado o indivíduo de conduta arriscada e irresponsável quanto aos seus débitos.

O risco é fator determinante para a precificação de um empréstimo. Tal processo envolve taxas e *spreads*. Como ensina Securato *et al.* (2012), delas dependem os fluxos de caixa entre tomadores de empréstimos e os credores. Sendo assim:

Numa ausência de risco de default, as taxas de desconto deveriam refletir a estrutura de um investimento sem risco, iguais a taxa livre de risco e suas estruturas.

Caso exista risco de default, duas novas componentes devem aparecer: um prêmio pela perda esperada, uma compensação pela expectativa de perda, e outro prêmio pelo risco, compensação pela perda não diversificável.

Na média, um empréstimo sem prêmio pelo risco deveria apenas ter como retorno a taxa livre de risco. O uso do termo na média se deve ao fato de que este tipo de empréstimo não pode ser todo o tempo livre de risco, pois existe uma parte de risco não diversificável, que, segundo Kealhofer (1998), pode ser determinada pelo conhecimento de probabilidades de default dos tomadores de empréstimos e as características de risco dos ativos deles (SECURATO *et al.*, 2012, p. 180).

² A relação do ser humano com o dinheiro é uma relação de poder, os indivíduos não necessitam daqueles papéis timbrados pelas casas da moeda, mas do poder que eles representam. Para uma compreensão mais profunda do binômio homem-dinheiro sugere-se a leitura das obras: CAPRILES, Axel. **Dinheiro: sanidade ou loucura?** São Paulo: Axis Mundi, 2005. e SIMMEL, George. **A psicologia do dinheiro e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Edições Texto & Grafia. 2009.

Diante das incertezas do mercado de crédito, uma questão é bastante evidente, a necessidade de exercer um controle sobre as possíveis perdas, estabelecendo-se assim uma ciência de medição de risco de crédito e com ela um mercado de análise de crédito.

A respeito da evolução do risco de crédito Caouette, Altman e Narayanan (1999) contam que nas sociedades pré-capitalistas a riqueza das famílias e dos governantes suportavam a maior parte do peso do risco do crédito. Nessa linha de evolução, explanam que, com a formação de sociedades por ações, criaram-se entidades capazes de reunir recursos, suportar o risco econômico e ter vida separada das vidas de seus proprietários. Intermediários financeiros foram desenvolvidos para criar um fundo comum de poupança e ceder seus recursos para os usuários dos fundos (CAOINETTE, ALTMAN; NARAYANAN, 1999, p. 3).

Para entender melhor a dinâmica evolutiva da ciência de gestão e risco de crédito, vale ressaltar parte da história econômica dos Estados Unidos da América, vez que contribuiu sobremaneira com o desenvolver dessa ciência. Conforme descrevem Caouette, Altman e Narayanan:

Em meados dos anos 80, os Estados Unidos sofreram inadimplência recorde do pagamento de empréstimos bancários e bonds de empresas. Quando a inadimplência dos junk bonds saltou para mais de 10% em 1990 e 1991, muitos observadores argumentaram que tantos os mercados de junk bonds quanto os de empréstimos bancários alavancados tendiam a desaparecer. Os mercados de títulos de alto rendimento se recuperaram, e desde então atingiram volumes recordes no fim da década (CAOINETTE, ALTMAN; NARAYANAN, 1999, p. 4).

O episódio negativo, por sua vez, obrigou o desenvolvimento de novas técnicas e metodologias de risco de crédito:

O mau desempenho de suas carteiras na década de 80 estimulou os administradores de risco de crédito a se interessarem cada vez mais por novas técnicas. Entretanto, essa crescente preocupação com o risco de crédito não só impulsionou a criar e desenvolver técnicas mais avançadas de avaliação, e nem os bancos se dedicaram mais a gestão de carteiras. Em vez disso, este período assistiu ao nascimento de alguns modelos individuais, ao refinamento constante de algumas bases de dados relevantes de falências (estabelecidas inicialmente no final da década de 80) e a uma inundação de pesquisas por parte dos regulamentadores e dos consultores sobre as técnicas existentes (CAOINETTE, ALTMAN; NARAYANAN, 1999, p. 4).

Dessa forma, os autores descrevem como resultado dos estudos mencionados a conclusão de que, na maioria das instituições financeiras, a cultura de crédito e as estratégias de empréstimos precisavam ser repensadas e talvez redesenhadas. Contudo, explicitam que o interesse por uma nova abordagem de gestão de risco de crédito explodiu no final da década de 1990, sendo as razões: pressões de regulamentação, o surgimento de mercados dinâmicos para

negociação de empréstimos e a busca de retorno sobre o patrimônio (CAOUILLE, ALTMAN; NARAYANAN, 1999).

Também citando o exemplo norte-americano, no que diz respeito à análise de crédito para pessoas físicas, José Roberto Securato *et al.* (2012) comenta que se trata de um país no qual esse tipo de procedimento é muito desenvolvido. Lá estão as principais agências especializadas no fornecimento de informações de clientes, conhecidas como *credit reporting agencies* ou *credit bureaus*, quais sejam a TRW, a Equifax Inc. e a Trans Union Corp. Essa última oferece a vários mercados a solução tecnológica para cálculo de *score* denominada Crivo, um dos softwares mais utilizados no mercado brasileiro.

Um destaque interessante do sistema jurídico norte-americano é que informações como raça, gênero, idade, religião, entre outras, são expressamente proibidas de serem consideradas nas definições de termos de crédito, conforme determina o *Equal Credit Opportunity Act* de 1976. Regras expressas de não discriminação também se encontram presentes no *Fair Credit Report Act (FCRA)*, regramento surgido no começo da década de 1970 para disciplinar a atuação dos gestores de bancos de dados nos EUA. Uma análise mais detalhada desse segundo dispositivo será retomada posteriormente.

Já no contexto brasileiro, conforme ensina Securato *et al.* (2012), cada credor, empresa ou instituição financeira utiliza um modelo próprio de ficha cadastral para obtenção das informações básicas dos clientes, recorrendo também a empresas especializadas. No Brasil funcionam hoje quatro bureaus de crédito, quais sejam o Serasa Experian, o Boa Vista SCPC, o SPC, e a *startup* Quod, recentemente em operação.

O aspecto cultural diferencia o tratamento de informações para análise de crédito em países anglo-saxões e em países de cultura latina. Nos primeiros seus sistemas legais privilegiam a transparência das informações, diferentemente de países latinos nos quais a cultura jurídica prestigia a proteção das informações.

2.3 METODOLOGIAS DE ANÁLISE DE CRÉDITO

Para efeitos didáticos pode-se dividir o estudo de metodologias de análise de crédito entre metodologias para pessoa jurídica e metodologias para pessoa física. A respeito da decisão de crédito, José Pereira da Silva (2008, p. 122) revela que a matéria-prima para tanto é a informação. Explica que obter informações confiáveis e o competente tratamento delas constitui uma base sólida para uma decisão de crédito segura. Ainda, ensina:

Ao tomarmos uma decisão, normalmente, utilizamo-nos de um método (consciente ou inconsciente). A boa capacidade de julgamento foi considerada durante muito tempo característica de um bom administrador. No mundo moderno, entretanto, apenas uma boa capacidade de julgamento não é suficiente. Isto porque a evolução da ciência e dos métodos científicos que vem sendo transmitida de geração para geração com aperfeiçoamento progressivo constitui-se numa ferramenta de grande utilidade na tomada de decisão (SILVA, 2008, p. 123).

Nesse sentido, José Pereira da Silva (2008) cita também exemplos de métodos, como os métodos quantitativos, que se baseiam em registros e cálculos utilizando-se de estatística e de teoria das probabilidades como instrumento para tomada de decisão. O autor desenvolveu modelos de previsão de insolvência como resultado do tratamento e processamento de grandes quantidades de informações a partir da metodologia estatística (análise discriminante). Indica outros recursos, tais como o teorema de Bayes, análise fatorial e pesquisa operacional, com aplicabilidade na análise de crédito.

Ainda sobre as informações para análise de crédito, Securato *et al.* (2012) denomina como informações típicas de crédito as seguintes: a) obrigações: saldo devedor, vencimento final, histórico de pagamentos, experiência de cobrança, dificuldades passadas de crédito, renegociações e falências; b) itens pessoais: endereço, empregador, cônjuge, número de telefone, lista dos solicitantes recentes de informações da pessoa, dentre outras. O referido autor também afirma:

No Brasil cada credor, empresa ou instituição financeira utiliza um modelo próprio de ficha cadastral para obtenção das informações básicas do cliente recorrendo também a empresas especializadas, tais como: Serasa, SPC- Serviço de Proteção ao Crédito, SCI- Information Management, dentre outras, para validar, confirmar e complementar as informações obtidas diretamente do cliente e das fontes por ele indicadas (SECURATO *et al.*, 2012, p. 185).

No geral, os modelos de análise e avaliação de crédito, assim como os de gestão de risco de crédito, têm se desenvolvido a passos largos. Como apresenta Saunders (2000), a corrida para desenvolver a arte e a ciência da medição e gestão de risco de crédito foi resultado da insatisfação das instituições financeiras com as abordagens tradicionais de medição de risco de crédito e com o antigo modelo regulamentar do Banco para Compensações Internacionais (BIS).

Considerando as observações de Saunders, construídas antes da crise financeira de 2008, e analisando o cenário recente, acrescenta-se a essa corrida o desenvolvimento de ferramentas como o *Big Data* e a inteligência artificial, além da crescente massificação do cliente bancário e a expansão do mercado de crédito como um todo, inclusive por meio digital.

Esse último fator exige da indústria financeira o processo contínuo de desenvolvimento e inovação.

Diante da diversidade de modelos utilizados e das ferramentas estatísticas para avaliação de risco de crédito e para análise e previsão de possível inadimplência, Anthony Saunders (2000) justifica que é difícil distinguir os modelos antigos dos novos, já que muitas ideias dos modelos tradicionais são utilizadas nos novos.

2.3.1 Os C's do Crédito

Uma das teorias clássicas mais difundidas para uma análise de crédito é a denominada C's do crédito, atribuída a Fred Weston. É uma linha de percepção que pode ser aplicada tanto para pessoas físicas como para empresas.

Para Anthony Saunders (2000), dentro dos modelos considerados de abordagem tradicional, o sistema denominado especialistas utiliza-se desses conceitos dos C's do crédito. Corresponde a uma metodologia em que a decisão de crédito fica a cargo do gerente de crédito. O autor esclarece que os fatores potenciais e os sistemas especialistas que um gerente de crédito pode examinar são infinitos, entretanto, um dos mais comuns está no exame dos tradicionais C's do crédito. Para esses, apresenta cinco conceitos, quais sejam:

Caráter: Uma medição da reputação da empresa, sua disposição para repagar ou quitar, e seu histórico de repagamento. Em especial, estabeleceu-se empiricamente que a idade da empresa é uma boa substituta para sua reputação de pagamento.

Capital: A contribuição ao capital próprio realizada pelos proprietários e o índice de endividamento da empresa (alavancagem). Estes são vistos como bons prognosticadores da probabilidade de falência. Uma alavancagem elevada sugere maior probabilidade de falência do que um baixo índice de alavancagem.

Capacidade: A capacidade de repagar, que reflete a volatilidade dos ganhos do tomador. Se os repagamentos de contratos de dívidas seguirem um fluxo constante ao longo do tempo, mas os ganhos forem voláteis (ou tenha um alto índice de desvio-padrão), poderão haver períodos em que a capacidade da empresa de repagar obrigações de dívidas seja restringida.

Garantia Real (Colateral): No caso de inadimplência, um banqueiro tem direitos sobre a garantia real dada pelo devedor. Quanto maior a prioridade desses direitos, e o valor de mercado da garantia real subjacente, menos o risco de exposição do empréstimo.

Ciclos ou Condições (Econômicas): O estado do ciclo de negócios, um elemento importante na determinação de exposição a risco de crédito, especialmente para setores que dependem de ciclos. Por exemplo, setores de bens duráveis, tendem a ser mais dependentes de ciclos do que os setores de bens-não-duráveis. Da mesma forma, setores que tem exposição a condições competitivas internacionais tendem a ser sensíveis a ciclos [...] (SAUNDERS, 2000, p. 7).

Considerando a teoria dos C's do crédito na avaliação de pessoas físicas, José Pereira da Silva (2008) ensina que a concessão do crédito passa pela tradicional observação dos itens

dessa teoria, sendo que a análise poderá ser por critério analítico ou por processo estatístico. Quando a empresa opera com grande quantidade de propostas de negócios, a tendência é a utilização do método estatístico, pois permite uma decisão mais rápida. Considera-se ainda a possibilidade de os dois métodos serem utilizados em conjunto. Já a análise denominada julgamental por Silva (2008) coincide com o conceito do método especialista de Saunders explicado acima.

Enquanto isso, José Roberto Securato *et al.* (2012) também desenvolveu um método próprio no qual a teoria dos C's do crédito é utilizada para explicar a dinâmica do modelo denominado matricial. Nele o analista deve identificar seis grupos de informações características que, coincidentemente, levam a letra C: Caráter, Capacidade, Capital, Colateral, Condições e Conglomerado. Esclarece que consiste na construção de uma matriz de crédito formada por linhas que representam os C's do crédito. A matriz construída visa captar a maneira como as características próprias da empresa se comportam. Para construção dela é necessária a utilização de fórmulas matemáticas cujo detalhamento não é o escopo deste estudo.

2.3.2 Modelo *Credit Scoring*

O modelo é bastante difundido e utilizado, tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas. Saunders (2000) explica que esse modelo pode ser encontrado em praticamente todos os tipos de análise de crédito, desde crédito ao consumidor até empréstimos comerciais. Por sua vez, José Pereira da Silva o descreve da seguinte forma:

O sistema de Credit Scoring possibilita resposta rápida para decisão de crédito massificado. Você imputa os dados de seu potencial cliente no sistema e imediatamente o computador informa se o crédito foi aprovado. Na realidade o método estatístico também leva em consideração a experiência da instituição com os clientes, [...]. As empresas e instituições podem utilizar metodologias e modelos estatísticos diferentes (SILVA, 2008, p. 348).

Para pessoas físicas, Securato *et al.* (2012) mostra que é feita a compilação e a comparação dos dados constantes na ficha cadastral com parâmetros quantitativos e qualitativos previamente estabelecidos. Assim, os dados obtidos dos clientes são confrontados com os parâmetros a que se referem e pontuados. O autor explana que os parâmetros básicos para concessão de crédito pessoa física, nesse modelo, podem se nortear pelos C's do crédito explicitados anteriormente.

É interessante a ponderação de Saunders (2000) ao detalhar que, em alguns casos, a pontuação pode ser literalmente interpretada como uma probabilidade de inadimplência. Já em outros, a pontuação pode ser utilizada como critério de classificação: designa um tomador potencial em um grupo bom ou um ruim, com base em uma pontuação e um ponto limite. Para o estabelecimento desse modelo se utilizam coeficientes contábeis, análises discriminatórias e cálculos de probabilidades, estando esse modelo incluso no rol de métodos tradicionais de análise de crédito.

2.3.3 Modelo *Behaviour Scoring*

Esse sistema de pontuação leva em consideração a análise do comportamento. Securato *et al.* (2012) esclarece que sua elaboração é complexa, na medida em que envolve grande quantidade de amostras de variáveis particulares vinculadas ao comportamento dos indivíduos.

A diferença do modelo *behaviour score* para o modelo de *credit score*, nos dizeres de José Pereira da Silva (2008), está no fato de que enquanto o segundo é normalmente utilizado para avaliar a aceitação do cliente, o primeiro avalia o comportamento do cliente. Silva (2008, p. 353) também descreve o *behaviour scoring* como pontuação comportamental, de maneira à corresponder a uma metodologia estatística que requer uma base de dados e recursos tecnológicos mais bem estruturados e que possibilitem os registros do comportamento de crédito dos clientes.

A respeito das possíveis informações que podem ser compiladas e analisadas em uma metodologia de *behaviour scoring*, José Roberto Securato *et al.* elenca os seguintes:

- Hábitos de consumo - registros do que o indivíduo compra e por quais meios, por exemplo, se compra direto em lojas, por telefone ou via internet;
- Hábitos de lazer - frequência dos indivíduos em academias, teatros, clubes, restaurantes, tipos de restaurantes e clubes frequentados;
- Viagens- frequência de viagens nacionais e internacionais para negócios ou lazer;
- Tipos de aplicação financeira - verificação por meio da composição da carteira de aplicações do cliente, se ele é avesso, indiferente ou tendente a assumir riscos;
- Compatibilidade com renda e patrimônio do indivíduo - análise e comparação dos hábitos de consumo, lazer, viagens e outros com a disponibilidade de renda e patrimônio;
- Análise das obrigações assumidas pelo indivíduo (SECURATO *et al.*, 2012, p. 188).

O autor descreve, ainda, que levantamentos dessa natureza não são fáceis e indica que empresas que possuem maior facilidade em tabular esse tipo de dados são as administradoras de cartão de crédito. Também considera que, após tabulados os hábitos comportamentais, é

preciso organizá-los por faixas de renda dos indivíduos e analisar as frequências com que as diferentes faixas adotam as distintas práticas de consumo (SECURATO *et al.*, 2012).

2.4 SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS APLICÁVEIS NA ANÁLISE DE CRÉDITO

O avanço de novas tecnologias e sistemas computacionais permitiu às instituições financeiras e às empresas especializadas o desenvolvimento de novos modelos de análise de crédito e gestão de risco de crédito. Correspondem essencialmente a softwares bastante sofisticados, desenvolvidos com tecnologias de inteligência artificial e *machine learning*, entre outros. Abaixo são descritas algumas dessas tecnologias, permitindo uma visão geral da realidade do mercado.

2.4.1 Mineração de Dados (*Data Mining*) e *Big Data*

O desenvolvimento das técnicas de coleta de dados e armazenamento geraram novas formas de análise e tratamento. Visando extrair informações úteis de repositórios e bancos de dados, a mineração de dados (ou *data mining*) configura uma dessas práticas e ganha relevância em um ambiente negocial movido por dados. Consiste em uma tecnologia que combina métodos tradicionais de análise de dados com algoritmos³ sofisticados para processar grandes volumes de dados (TAN; STEINBACH; KUMAR, 2009):

A mineração de dados é o processo de descoberta automática de informações úteis em grandes depósitos de dados. As técnicas de mineração de dados são organizadas para agir sobre grandes bancos de dados com intuito de descobrir padrões úteis e recentes que poderiam, de outra forma, permanecer ignorado (TAN; STEINBACH; KUMAR, 2009, p. 3).

Esse processo geral de transformar dados brutos em informações úteis denomina-se descoberta de conhecimento em banco de dados (KDD - *Knowledge Discovery in Databases*) do qual a mineração de dados faz parte. Tan, Steinbach e Kumar (2009) o descrevem como uma série de passos de transformação, do pré-processamento dos dados até o pós-processamento dos resultados da mineração de dados.

³ O século XXI obriga os operadores do Direito a desenvolverem um conhecimento multidisciplinar. Àqueles que pretendem um aperfeiçoamento acerca da relevância da programação algorítmica nesse cenário recomenda-se a obra CORMEN, Thomas *et al.* **Algoritmos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

Os dados de entrada podem ser armazenados em uma diversidade de formatos (arquivos simples, planilhas ou tabelas relacionais) e podem ficar em um repositório central de dados ou serem distribuídos em múltiplos locais. O propósito do pré-processamento é transformar os dados de entrada brutos em um formato apropriado para análises subsequentes. Os passos envolvidos no pré-processamento de dados incluem a fusão de dados de múltiplas fontes, a limpeza dos dados para remoção de ruídos, observações duplicadas, a seleção de registros e características que sejam relevantes as tarefas de mineração de dados (TAN; STEINBACH; KUMAR, 2009, p. 4).

Integrar os resultados da mineração de dados com os sistemas de apoio e decisões consiste no que os autores denominam de “fechar o laço” e corresponde a uma trabalhosa tarefa em busca da descoberta do conhecimento.

O desenvolvimento de ferramentas eficientes que pudessem tratar diferentes tipos de dados originou a mineração de dados que, por sua vez, congregou distintas áreas do conhecimento como: otimização, computação evolutiva, teoria da informação, processamento de sinais, visualização e recuperação de informações, inteligência artificial, aprendizagem de máquina, reconhecimentos de padrões, probabilidade e estatística, álgebra linear etc.

No passado o trabalho com grandes volumes de dados tinha um significado, como explica Rodrigo Abreu (2019), para o qual havia inúmeras possibilidades tecnológicas, das mais improvisadas (planilhas e bancos de dados simples) às mais sofisticadas (com bancos de dados relacionais, queries estruturadas e ambientes de BI e *analytics*). Nesse sentido, o ex-CEO (*Chief Executive Officer*) do mais novo bureau de crédito brasileiro, a empresa Quod, comenta:

Mas o ambiente de tratamento de dados se transformou de maneira exponencial nos últimos vários anos, e hoje é possível realizar, com as ferramentas e ambientes adequados, aquilo que apesar de teoricamente simples (algoritmos e fórmulas já existiam) era apenas sonhado pelos analistas e cientistas de dados. Com o incrível aumento do poder computacional, capacidade de transmissão de dados, e redução dos custos associados, como por exemplo armazenamento, tornou-se possível o desenho de arquiteturas de Big Data capazes de analisar volumes incríveis de dados, extraindo resultados imediatos e disponibilizando velocidades de consulta e disponibilização de modelos que permitem realizar análises realmente muito sofisticadas. Como exemplo, a disponibilização de modelos com mais de 100 variáveis hoje é algo corriqueiro, o que seria um sonho de qualquer cientista de dados até relativamente pouco tempo atrás. Logo, ao trabalhar com Big Data, é necessário desenhar uma arquitetura tecnológica robusta, voltada especificamente para os desafios em vista, e implementá-la com cuidado e profissionalismo (ABREU, 2019).

A relevância dos bancos de dados na sociedade da informação é incontestável. Bruno Bioni (2019) ilustra que, no contexto da mineração de dados, um banco de dados deve estar atrelado a um sistema de informação. Nesse a dinâmica explicita um processo que se inicia pela coleta e estruturação de dados, perpassa pela extração de uma informação que, por fim, agrega conhecimento.

Ao comentar acerca do progresso, tanto quantitativo quanto qualitativo da gestão da informação, Bioni aponta como tecnologia de maior destaque para estruturação e mineração de um banco de dados o denominado *Big Data*, elegendo-o como o êxtase desse processo. Esclarece, também, que essa tecnologia permite que um volume descomunal de dados seja estruturado e analisado para uma gama indeterminada de finalidades (BIONI, 2019, p. 39).

No que diz respeito ao conceito de *Big Data*, Radwa Elshawi e Sherif Sakr (2017) explicam que essa noção foi desenvolvida como uma resposta ao volumoso aumento dos dados digitais mundiais, sendo produzidos através de vários meios, tecnologias e em formulários. Expõe, ainda, que:

A noção não reflete apenas o tamanho dos dados, no entanto, é geralmente caracterizada pelos 3Vs: 1) Volume: refere-se a enorme quantidade de dados (GBs, TBs, PBs) que é gerado e coletado. 2) Velocidade: refere-se ao aumento da velocidade e frequência de dados recebidos que precisam ser processados. 3) Variedade: refere-se a diversidade de formatos (por exemplo: csv, XML, JSON, PDF), tipos (por exemplo, texto, imagens, áudio, vídeo), fontes e estruturas (por exemplo, semi-estruturados e não estruturados) de dados de múltiplas fontes (ELSHAWI; SAKR, 2017).

No entanto, Rodrigo Abreu (2019) argumenta que ao trabalhar com *Big Data*, também se incorre em *Big Risks*. E, assim, complementa:

Tão ou mais importante que toda a arquitetura de dados implementada passa a ser a arquitetura, políticas, processos e controles de segurança da informação associados. Infelizmente, e cada vez mais, qualquer operação que trabalhe com grandes volumes de dados tenderá a ser alvo da ação de hackers e criminosos do mundo virtual, seja apenas para demonstração de perícia tecnológica seja para obtenção de vantagens financeiras, como fraudes, “resgates virtuais” e transações criminosas de venda ou uso dos dados. Assim, torna-se crítica a implementação de uma arquitetura de segurança robusta, sempre atualizada tecnologicamente, com múltiplas linhas de defesa e os mais altos níveis de aderência a padrões e certificações reconhecidas, como a ISO 27.001 e o NIST Cyber Security Framework (ABREU, 2019).

Concluindo o raciocínio, Rodrigo Abreu (2019) dispense uma atenção especial às pessoas, pois reconhece que elas podem se tornar o elo mais fraco da cadeia de segurança. Afinal, abordagens como phishing, smishing, vishing e outros métodos de “engenharia social” fazem com que mesmo as melhores defesas tecnológicas possam ser vulneráveis se as pessoas não tiverem a conscientização e treinamento corretos para minimizar riscos de segurança. Dessa forma, constata-se a necessidade do desenvolvimento contínuo de soluções de cibersegurança paralelamente ao desenvolvimento de soluções de tratamento de dados.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DO RISCO DE CRÉDITO SEGUNDO RESOLUÇÃO Nº 2.682/99 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL E O BANCO CENTRAL DO BRASIL

Diversas crises financeiras de impacto mundial trouxeram lições para os agentes envolvidos no sistema financeiro. José Roberto Securato *et al.* (2012) relata, como exemplo, que a crise do mercado imobiliário americano de 2008, que levou muitos bancos a falência e espalhou-se para bancos asiáticos e europeus, além de ocasionar pesadas perdas nas carteiras de crédito exigiu socorros de governos e foi consequência de uma incorreta avaliação de riscos de crédito.

A regulação do risco de crédito, é uma característica peculiar que representa parte da complexidade do sistema financeiro e precisa ser observada pelas instituições financeiras que se dispõem a atuar no mercado de crédito: Nesse sentido, Rachel Sztajn (2011) questiona: Será possível regular risco?

A autora explica que, se por um lado é certo que o resultado da crise financeira tem sido atribuído à falta de regulação, por outro se diz que muita regulação de risco apenas o aumenta. Outro exemplo diz respeito à aprovação da Lei Sarbanes-Oxley, uma resposta regulatória ocasionada após uma crise que teve origem em escândalos financeiros que abalaram empresas. Na construção da lei participaram, além de instituições financeiras, auditores e advogados para a formatação das estruturas legais empregadas (SZTAJN, 2011, p. 116).

Os objetivos e as metas de regulação e supervisão financeira, conforme descrito em documento produzido pela Associação Nacional das Instituições do Sistema Financeiro (ANDIMA), permaneceram os mesmos na maior parte do século XX.

A definição do papel essencial de um Banco Central como emprestador de última instância para o sistema bancário privado, feita por Bagehot em seu clássico *Lombard Street*, publicado na Inglaterra no final do século XIX, serviu para marcar tanto a necessidade de construção de uma rede de segurança em torno dos bancos quanto as limitações que a existência desta rede implicaria em termos das atividades permitidas a essas instituições (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO, 2001).

A prática da regulação financeira precisa considerar como um aspecto relevante o comportamental, que segundo Rachel Sztajn (2011), permite abusar da faculdade de criar barreiras de proteção ao mesmo tempo em que facilita a ampliação da disponibilidade para maior oferta de crédito. A consequência desse aspecto é que:

[...] fatalmente, leva à seleção adversa, quanto os ativos financeiros, em vez de instrumentos de proteção, se tornam ativos tóxicos, contaminando as posições, criando mais riscos contra os quais o sistema precisa se proteger. Não se trata de garantir uma ou algumas instituições, mas de riscos que afetam todo o sistema por via de contágio (SZTAJN, 2011, p. 116).

Ainda a respeito da regulação do sistema financeiro⁴, Rachel Sztajn (2011) enfatiza que a complexidade dele tem implicações únicas no que concerne à regulação, uma vez que mercados e instituições são mais céleres do que o regulador na formulação de modelos e estratégias negociais. Considera, também, que:

A sofisticação dos serviços desafia o regulador que deve criar estímulos macro e micro prudenciais para preservar a estabilidade do sistema e das instituições, dado o moral hazard e a seleção adversa, que se acentuam quando as atividades ou produtos/serviços se interpenetram. A regulação voltada para o interesse público tem como objetivo manter a segurança do sistema, tarefa árdua quando as instituições financeiras operam globalmente; o que permite que normas internas deem ensejo à transferência de operações. Para evitar tal efeito, a regulação tende a ser frouxa. Mas isso não impede que operações financeiras produzam externalidades negativas que recaem sobre a sociedade (SZTAJN, 2011, p. 162).

Contudo, o risco de crédito passou a ser tratado de forma mais sistemática após a criação do Comitê de Basileia, constituído em 1974 por bancos centrais de países mais desenvolvidos como Estados Unidos, Canadá e Alemanha. Uma das principais recomendações descritas nesse acordo diz respeito à manutenção de determinado nível de recursos próprios em relação ao volume de recursos de terceiros, ou mesmo em relação ao seu ativo total.

De acordo com José Roberto Securato *et al.* (2012), as decisões desse comitê não possuem força legal, no entanto, são amplamente aceitas e influenciam a padronização das regulações no mundo todo. Além disso, o Acordo de Basileia I, firmado em 1988, introduziu um sistema de medição de capital, revendo também a criação de um sistema de medida do risco do crédito e a adoção de um limite de capital mínimo a ser mantido pelos bancos, estipulado em 8% dos ativos ajustado ao risco das instituições (SECURATO *et al.*, 2012, p. 76).

A respeito do Acordo de Basileia I, Rachel Sztajn (2011) explica que foi erigido sobre quatro pilares: a) composição do capital, separando capital e reservas; b) ponderação do risco, classificado em cinco espécies; c) proporção mínima entre capital e risco de crédito; e d) etapas para a implementação do acordo. Além disso, o escopo do primeiro acordo era harmonizar os

⁴ Como roteiro de leitura para uma compreensão mais profunda da dinâmica e funcionamento do sistema financeiro são sugeridas as seguintes obras: ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. São Paulo: Atlas, 2009. ASSAF NETO. **Finanças corporativas e valor**. São Paulo: Atlas, 2012. BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. São Paulo: Saraiva, 2014. e YAZBEK, Otávio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

padrões de capitalização das instituições bancárias e a adequação do capital social a essa exposição, particularmente daqueles com atuação internacional.

A ANDIMA (2001, p. 81) explica que em 1988, ao surgir o princípio de coeficientes de capital a principal inovação consistia em privilegiar a solvência das instituições financeiras. E assim esclarece:

Com o novo sistema, julgava-se que a meta de segurança seria perseguida de modo mais consistente. Ao constituir capital próprio na proporção de suas aplicações, os acionistas passariam a compartilhar os riscos de qualquer empresa mal sucedida, já que seus recursos também estariam sujeitos a perdas. Além disso, a existência de capital próprio permitiria amenizar as perdas de terceiros em caso de falência. [...]. Deste modo, o Acordo de Basileia substituiu a primeira ênfase do método anterior- a liquidez dos depósitos-pela segurança dos ativos, desviando a atenção para o risco do banco e sua vulnerabilidade em face da hipótese de insolvência (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO, 2001, p. 82).

Contudo, notaram-se limitações ao acordo de Basileia I, com destaque para os riscos definidos no texto, pois se limitaram ao risco de crédito, referindo-se apenas à possibilidade de *default* (inadimplência) dos empréstimos (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO, 2001, p. 82).

Na década de 1990 o Comitê de Basileia se viu diante da necessidade de revisar os fundamentos do acordo. Percebeu-se que o acordo original poderia gerar distorções na atividade financeira, estimulando a securitização de créditos, por exemplo. Conforme contextualizado pela ANDIMA (2001), desse reexame surgiu a confirmação do princípio de coeficientes de capital como instrumento privilegiado de regulação e a percepção de que era necessário estender e flexibilizar o sistema de cálculo desses coeficientes.

Na verdade, a necessidade de mudança do cálculo combinava os dois fatores mencionados acima. Estender o Acordo a outros riscos, que não apenas o de crédito, implicou o reconhecimento de que, em geral, os riscos de um dado portfólio não são aditivos. Se inteiramente independentes uns dos outros, são multiplicativos, já que se referem à probabilidade de ocorrência simultânea de eventos adversos especificados. Por outro lado, se a independência não é completa, a relação entre esses riscos torna-se complexa demais para ser retratada por um modelo genérico, como o anterior (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO, 2001, 2001, p. 83).

Posteriormente, foi concebido o Acordo de Basileia II, sendo ele um aperfeiçoamento do primeiro, de maneira à abranger metodologias mais sofisticadas que passam a fazer parte do ambiente regulatório. A respeito disso, José Pereira da Silva (2008, p. 33) esclarece que:

Não custa lembrar que os bancos fazem parte do sistema financeiro e que cumprem importante papel na vida dos agentes econômicos. Há, portanto, interesse dos governos em que os bancos sejam capazes de cumprir suas obrigações com a sociedade e com seus agentes econômicos. Desse modo, a estrutura de capitais nos bancos tem maior relevância que em outros setores devido ao papel ocupado pelas instituições financeiras como depositários dos recursos da própria sociedade.

O autor ainda considera que os principais objetivos do novo acordo são a manutenção da segurança e da solidez do sistema financeiro. Fazendo, assim, com que os bancos mantenham um nível adequado de capital para suportar ocorrências internas ou macroeconômicas que possam afetar o interesse dos depositantes, dos investidores e dos governos. Destaca também que enquanto o primeiro acordo considerava apenas o risco de crédito, o acordo de Basileia II considera o risco de taxas de juros e os riscos operacionais (SILVA, 2008). Dessa forma o Acordo de Basileia II estendeu a cobertura a outros riscos, como o de mercado.

No Brasil, conforme explana Rachel Sztajn, os dois acordos foram implementados. O Banco Central do Brasil determinou que os critérios de avaliação de níveis de risco associados às operações das instituições financeiras e o capital social viriam adaptados às peculiaridades e ao estágio de desenvolvimento do mercado bancário brasileiro (SZTAJN, 2011, p. 172).

A ANDIMA (2001, p. 79) esclarece que uma das razões para a definição de regras de operação e supervisão financeira reside no fato de que as décadas de 70 e 80 foram marcadas pela preocupação com o consumidor. Nessa época, grupos politicamente fortes incluíram dispositivos de defesa na legislação de inúmeros países, especialmente nos casos em que a relação entre comprador e vendedor de um bem ou serviço fosse percebida como assimétrica. Assim, descreve:

Esta preocupação atingiu o setor de duas formas. Por um lado, reconhecia-se que alguns grupos de clientes de instituições financeiras eram capazes de defender seus próprios interesses, desde que adequadamente informados dos dados relevantes à tomada de decisões. [...]. Este mecanismo, denominado disciplina de mercado, recebeu ênfase crescente através dos anos, até se tornar, [...], um dos três pilares básicos do mais recente acordo de Basileia, proposto em janeiro de 2001 (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO, 2001, p. 79).

Nesse sentido, a própria ANDIMA (2001, p. 80) conclui que a moderna regulação financeira persegue fundamentalmente três grandes objetivos:

a diminuição de riscos sistêmicos representados pela possibilidade de que os problemas no setor bancário levem o sistema de pagamentos constituído pelos depósitos à vista em colapso, inviabilizando a operação da economia como um todo; a proteção dos clientes menos capazes de avaliar a ação das instituições e mercados financeiros; e a garantia de que os clientes capazes de defender seus próprios interesses terão acesso à informação necessária para tal.

Após a crise de 2008 ter explicitado fragilidades do sistema financeiro, o Comitê de Basileia, em 2010, revisou o segundo acordo. Conforme Talita Dayane Metzner e Alberto Borges Matias (2015), o objetivo dessa revisão foi prover ao setor bancário a habilidade para absorver choques decorrentes de estresse financeiro e econômico. Os autores esclarecem que:

As reformas visam a fortalecer o gerenciamento do risco e governança, bem como a aumentar a transparência das informações contábeis e financeiras, a fim de criar um sistema bancário forte e resiliente, extremamente necessário para o crescimento econômico sustentável e a intermediação financeira eficiente.

Assim, o Acordo de Basileia III, pode ser definido como um conjunto abrangente de medidas de reforma elaborado pelo Comitê de Supervisão da Basileia, cujo objetivo é fortalecer a regulação, supervisão e gestão do risco do setor bancário (METZNER; MATIAS, 2015, p. 385).

Nesse contexto, Metzner e Matias (2015) constataam que a regulação bancária tem por objetivo tornar o sistema mais resistente a situações adversas. Diminui a velocidade de transferência dos desequilíbrios financeiros para a economia real e enfrenta crises sem comprometer demasiadamente a oferta de crédito e o crescimento econômico. Sendo assim, as diversas crises financeiras implicaram em um forte arcabouço de recomendações técnicas e regulatórias de impacto internacional nas instituições financeiras, visando, entre outros objetivos, mitigar o risco de crédito.

Surge, com isso, uma teoria de classificação do risco de crédito que, conforme conceituado por José Pereira da Silva (2008), corresponde à probabilidade de que o recebimento de uma dívida não ocorra. Esclarecendo ainda que, do ponto de vista de uma instituição financeira, a graduação do risco de crédito cumpre duplo papel. De um lado, serve para identificar a chance de perda de uma determinada operação e direcionar a precificação dessa. De outro lado, serve para atender às exigências das autoridades monetárias que seguem linhas internacionais de classificação de risco como uma forma de graduar o risco da carteira de crédito e orientar o provisionamento de crédito de liquidação duvidosa (SILVA, 2008, p. 57).

Numa perspectiva contábil, a provisão para crédito de liquidação duvidosa consiste em uma retenção de recursos próprios visando cobrir perdas que já são esperadas para o futuro. Tal prática é necessária por considerar que as instituições financeiras, de um modo geral, trabalham alavancadas em relação ao seu patrimônio líquido. Logo, a necessidade de provisão de capital é uma garantia quanto a um possível descontrole da inadimplência e um método desenvolvido para medir os riscos das carteiras de crédito e sua sustentabilidade.

Para Ana Paula Brito de Oliveira (2016):

Pode-se dizer que há dois tipos de PCLD: a boa e a ruim. A boa provém da contratação de novas operações de crédito que auxiliam no alcance dos resultados, pois geram juros e encargos (remuneração do capital). Já a ruim é decorrente do agravamento no fluxo da PCLD, ou seja, quando há situações de piora de risco (atraso e arrasto). Além de gerar impactos negativos nos resultados, a PCLD ruim tem efeito direto sobre o capital do banco, pois diminui os recursos disponíveis para geração de novos negócios.

A esse respeito, o Manual de Normas do Sistema Financeiro sintetiza didaticamente as regras previstas em resoluções e circulares do BACEN referentes à classificação do risco de crédito. Ainda, estabelece as regras para o provisionamento para liquidação duvidosa e os prazos para tanto, de forma a adequar o sistema financeiro brasileiro aos padrões internacionais (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999a).

2.5.1 Classificação das Operações de Crédito

São consideradas operações de crédito, conforme a Circular BACEN nº 1.273, de 29 de dezembro de 1987, descritas também no manual de normas do sistema financeiro, as seguintes modalidades:

- a) empréstimos - são as operações realizadas sem destinação específica ou vínculo à comprovação da aplicação dos recursos. São exemplos os empréstimos para capital de giro, os empréstimos pessoais e os adiantamentos a depositantes;
- b) títulos descontados - são as operações de desconto de títulos;
- c) financiamentos - são as operações realizadas com destinação específica, vinculadas à comprovação da aplicação dos recursos. São exemplos os financiamentos de parques industriais, máquinas e equipamentos, bens de consumo durável, rurais e imobiliários. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1987).

Conforme a Resolução nº 2.682 de 1999 CMN/BACEN, as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem classificar as operações de crédito em ordem crescente de risco, nos seguintes níveis: nível AA; nível A; nível B; nível C; nível D; nível E; nível F; nível G e nível H. (Res. nº 2.682, art. 1º I/IX) (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999b).

A responsabilidade pela classificação da operação no nível de risco correspondente é das Instituições Financeiras. Essas têm a liberdade para desenvolverem suas próprias metodologias, desde que efetuadas com base em critérios consistentes e verificáveis, amparadas por informações internas e externas. Devem contemplar pelo menos os aspectos previstos no Art. 2º da Resolução nº 2.682 do Banco Central, quais sejam:

- a) em relação ao devedor e seus garantidores:
 - I - situação econômico-financeira;

- II - grau de endividamento;
- III - capacidade de geração de resultados;
- IV - fluxo de caixa;
- V - administração e qualidade de controles;
- VI - pontualidade e atrasos nos pagamentos;
- VII - contingências;
- VIII - setor de atividade econômica;
- IX - limite de crédito;
- b) em relação à operação:
 - I - natureza e finalidade da transação;
 - II - características das garantias, particularmente quanto à suficiência e liquidez;
 - III - valor (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999b).

Para a posterior análise do tratamento de dados pessoais para concessão de crédito, enfatiza-se que a classificação das operações de crédito, quando o titular for pessoa física, deve considerar as situações de renda e de patrimônio, bem como outras informações cadastrais do devedor. Tal determinação consta no art. 2º da Resolução 2.682/1999 CMN/BACEN, o que significa que a resolução recebe *status* de legislação setorial na seara do debate da regulação da proteção de dados pessoais. Assim, legitima o uso de informações cadastrais para a finalidade específica de análise e classificação do risco de crédito.

Quanto à necessidade de revisão da classificação do nível de risco de uma operação de crédito o art. 4º incisos I e II da referida resolução estabelece o seguinte:

- a) mensalmente, por ocasião dos balancetes e balanços, em função de atraso verificado no pagamento de parcela de principal ou de encargos, devendo ser observado, no mínimo: I - atraso entre 15 (quinze) e 30 (trinta) dias: risco nível B; II - atraso entre 31 (trinta e um) e 60 (sessenta) dias: risco nível C; III - atraso entre 61 (sessenta e um) e 90 (noventa) dias: risco nível D; IV - atraso entre 91 (noventa e um) e 120 (cento e vinte) dias: risco nível E; V - atraso entre 121 (cento e vinte e um) e 150 (cento e cinquenta) dias: risco nível F; VI - atraso entre 151 (cento e cinquenta e um) e 180 (cento e oitenta) dias: risco nível G; VII - atraso superior a 180 (cento e oitenta) dias: risco nível H;
 - I - a cada 6 (seis) meses, para operações de um mesmo cliente ou grupo econômico cujo montante seja superior a 5% (cinco por cento) do patrimônio líquido ajustado;
 - II - uma vez a cada 12 (doze) meses, em todas as situações, exceto na hipótese prevista no item 1.6.2.6;
- c) por ocasião da revisão mensal prevista na alínea “a”, a reclassificação da operação para categoria de menor risco, em função da redução do atraso, está limitada ao nível estabelecido na classificação anterior; (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999b).

Todos os meses devem ser constituídas as respectivas provisões em conta de despesa conforme os critérios previstos no art. 6º da 2.682 CMN/BACEN:

- a) 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível A;
- b) 1% (um por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível B;

- c) 3% (três por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível C;
- d) 10% (dez por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível D;
- e) 30% (trinta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível E;
- f) 50% (cinquenta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível F;
- g) 70% (setenta por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível G;
- h) 100% (cem por cento) sobre o valor das operações classificadas como de risco nível H (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1999b).

A responsabilidade das Instituições Financeiras em contabilizar a provisão de perdas em conta de despesa representa uma das características relevantes do forte arcabouço regulatório a que essas empresas estão sujeitas. Considerando, ainda, que a atuação delas no mercado de crédito por vezes é bastante alavancada, o mecanismo adotado pelo Banco Central do Brasil visa adequar as instituições brasileiras aos padrões internacionais estabelecidos pelo Comitê de Basileia.

Assim, Rachel Sztajn esclarece que as regras modeladas pelas autoridades monetárias para regular o sistema financeiro internacional se interpenetram nas políticas dos intermediários financeiros, cabendo assim à regulação desenhar incentivos que inibam oportunismos. A autora revela que uma das principais razões pela perda de confiança da sociedade nas instituições financeiras, são as atitudes oportunistas que dirigentes de algumas dessas Instituições cometem, e que acabam por prejudicar a reputação do sistema financeiro como um todo (SZTAJN, 2011, p. 172).

Acerca da regulação do sistema financeiro, a ANDIMA ressalta que a concessão de maior autonomia às instituições financeiras teve como contrapartida o aumento da atenção dada às suas estruturas internas de gestão de risco. Destaca ainda que:

No Brasil, ao longo da década, o sistema de regulação e supervisão absorveu, de forma cada vez mais ágil, os métodos concebidos nos sistemas financeiros internacionais, especialmente, no âmbito do Comitê de Basileia. O país não só aderiu ao Acordo de 1988 como preocupou-se em implementar, rapidamente, os 25 princípios enunciados pelo Comitê para uma Supervisão Bancária Efetiva. Na mesma linha, o sistema de pagamentos interbancário está sendo reestruturado na direção atualmente predominante, de construção de mecanismos em tempo real que se combinam com a existência de *clearings* de ativos e de pagamentos que garantem a efetiva finalização das operações, liquidando-as, em termos líquidos, para cada participante em janelas determinadas ao longo do dia (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO, 2001, p. 99).

Por essa razão, o profissionalismo na atuação de reguladores e das autoridades competentes para elaborar e implementar sistemas normativos de controle da atuação das instituições financeiras é fundamental para um sistema financeiro sustentável e confiável. Afinal, de acordo com o estudo da ANDIMA (2001, p. 100), tem-se que:

[...] a década de 90 caracterizou-se como um período de profundas transformações na forma de organização e de atuação do sistema financeiro mundial. O *modus operandi* das instituições financeiras vem sendo permanentemente afetado por força das sucessivas crises mundiais, pela rápida disseminação das inovações tecnológicas e pelos avanços nos campos da regulação e da supervisão globais.

Da mesma forma, há também a necessidade de que os operadores do Direito conheçam o funcionamento do sistema financeiro e a dinâmica do mercado de crédito como um todo. Tal é necessário para evitar o senso comum e uma potencial hostilidade instintiva, preconcebida em muitas análises jurídicas referentes ao mercado de crédito e, em especial, em relação ao papel das Instituições Financeiras.

3 O ECOSSISTEMA JURÍDICO CONSUMERISTA BRASILEIRO E O MERCADO DE CRÉDITO E OS NOVOS MECANISMOS DE ANÁLISE DE CRÉDITO

A compreensão do fenômeno da inadimplência no Brasil passa pela necessidade de retratar um pouco da história do desenvolvimento econômico da sociedade brasileira no que diz respeito à relação credor-devedor, desde os tempos do Brasil imperial até a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e seu impacto no comportamento econômico do brasileiro.

3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS RAÍZES CULTURAIS DO INADIMPLEMENTO NO BRASIL

Para entender as raízes da problemática referente aos altos índices de inadimplência no Brasil, é preciso retroceder aos primórdios do Império, em que foi forjada a sociedade brasileira. Nesse diapasão, Jorge Caldeira (1995), biógrafo de Irineu Evangelista de Sousa, o Barão de Mauá, ao descrever o momento econômico brasileiro da década de 1860, construiu uma memória histórica fundamental para a compreensão das raízes culturais em relação ao comportamento econômico de muitos brasileiros e que perduram até os dias atuais.

Na ocasião, em 1867 o Barão de Mauá criava a Mauá & Cia, *empresa-mãe* do grupo, iniciando uma limpeza dos ativos. À época, duas crises econômicas haviam ocorrido. A visão sistêmica e empreendedora do barão permitiu que seus gerentes evitassem o pior, sendo assim, no momento da eclosão da crise de 1864, havia em carteira poucos títulos das firmas mais afetadas (CALDEIRA, 1995).

No entanto, por maiores que fossem os cuidados, não havia como evitar respingos. A Mauá, Mac Gregor & Cia. ficou com grande quantidade de títulos de outras companhias que não foram honrados- e a mecânica de solução da crise adotada pelo governo se encarregou de transformá-los numa dívida complicada. A fórmula encontrada pelo Ministério foi suspender as falências no Rio de Janeiro por sessenta dias, abrir um grande crédito para o Banco do Brasil e permitir que as empresas interessadas trocassem por dinheiro, no banco oficial, aqueles títulos não cobráveis de suas carteiras, assumindo uma dívida neste valor. Com isso trocava-se uma dívida parcial (uma parte do dinheiro das firmas que não estavam pagando era recuperável) por outra certa e integral. Era uma salvação a preço alto, mas não havia outra opção (CALDEIRA, 1995, p. 448).

Nota-se nessa intervenção do Estado na economia uma estratégia política emergencial na qual, utilizando-se de um banco oficial para injetar recursos no mercado, permitiu-se um novo fluir da economia, evitando uma crise econômica maior. Porém, o Estado assumiu assim os potenciais prejuízos de títulos não cobráveis. Estratégias como essa podem gerar bons

resultados no curto prazo, mas em longo prazo provocam novas crises em um ciclo econômico pouco sustentável.

Naquele momento, Mauá considerou o prejuízo suportável, porém, debruçando-se sobre os números descobriu que os prejuízos não se limitavam às dívidas com o Banco do Brasil (CALDEIRA, 1995). Jorge Caldeira, portanto, descreve a constatação de Mauá:

Muita gente se aproveitara da crise para deixar de pagar suas dívidas com sua empresa. Assim, em vez da carteira de títulos cobráveis no prazo que ele imaginava ter, possuía de fato muitas dívidas complicadas-num momento em que precisava, acima de tudo, fazer dinheiro. Porém, quando se pôs a campo para cobrar, Mauá ficou conhecendo melhor uma faceta do país: a *dos devedores crônicos muito bem colocados na vida* (grifo nosso), que consideravam *insolência* (grifo nosso) um negociante exigir dinheiro quando não estavam dispostos a dar. Acostumados ao esquema secular do crédito automático, herança das contas correntes dos traficantes-revividas na relação incestuosa com os comissários, esses devedores lutavam com todas as forças contra as evidências de que os tempos eram outros, e *faziam de tudo para não pagar* (grifo nosso). Nessa luta muitas vezes conseguiam o decidido apoio da justiça. O Código Comercial tinha mudado, mas o funcionamento do judiciário não acompanhara o ritmo. Muitos juízes agiam ainda como nos tempos da Colônia, acreditando antes na palavra das pessoas, e mais ainda se elas tivessem reconhecimento social, do que em papéis assinados (CALDEIRA, 1995, p. 449).

Um exemplo clássico dessa contradição foi a disputa judicial travada entre o Barão de Mauá e Antônio de Sousa Ribeiro. Esse tomou um empréstimo em 1859, dando seus bens em garantia, porém sem demonstrar interesse em quitar seus débitos foi acionado na justiça em uma disputa que durou cerca de nove anos. Quando enfim o Barão conseguiu a licença para entrar nos imóveis penhorados (CALDEIRA, 1995).

Todavia, em uma estratégia jurídica, o devedor conseguiu um mandado de penhora de 2.400 contos para assegurar seu direito até o final do processo. O mandado permitia ao devedor escolher os bens que julgasse adequados, ficando no direito de sacar à vista os ativos que quisesse. Assim, relata Caldeira, que em um único dia tudo que Mauá lutou nove anos para reaver foi devolvido ao devedor confesso (CALDEIRA, 1995).

As intempéries sofridas pelo Barão de Mauá no exercício de empresário e banqueiro, ainda nos primórdios da sociedade brasileira, ilustram uma cultura enaltecida por uma elite herdeira de um Brasil Colônia, cuja oportunidade de adquirir vantagens diante da mentalidade flexível de leis e tribunais não passa despercebida até os dias de hoje.

Doravante, na passagem do século XIX para o século XX, uma sociedade de consumo se estabeleceu no mundo todo. Nesse contexto, relata Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (GRINOVER *et al.*, 2001, p. 355) que o crédito está incluído entre as manifestações da vida econômica que integram o corpo básico das relações jurídicas de consumo.

O crescimento significativo do mercado de crédito no Brasil, sobretudo após 1994, com a implantação do Plano Real, permitiu o acesso ao crédito para milhões de brasileiros. É inegável a importância do crédito na atualidade. Nos Estados Unidos a relação crédito *versus* PIB chega a 150%, enquanto no Brasil essa relação é de 47%.

Porém, algumas peculiaridades estruturais (leis, sistema judiciário, comportamento do consumidor) que envolvem o mercado de crédito no país tornam a realidade brasileira *sui generis* diante do mercado internacional.

3.2 A ESTRUTURA DO ECOSISTEMA JURÍDICO CONSUMERISTA E A INADIMPLÊNCIA NO BRASIL

A cena do mercado de crédito brasileiro tem um marco importante após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Esse diploma legal surgiu em um contexto bastante pertinente, já que era um período em que práticas deveras abusivas ocorriam sem tratamento específico pelo Direito brasileiro, sendo o foco a defesa do consumidor de boa-fé.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2001, p. 340) descreve um caso ilustrativo levado ao PROCON de São Paulo na época, em que uma empresa de cobrança insatisfeita com os telefonemas diários que fazia ao chefe do devedor, resolveu colocar na porta do serviço uma banda de música, acompanhada de palhaços com cartazes e que gritavam o nome do consumidor e o cobriam de adjetivos os mais variados. Fatos como esse fundamentaram uma série de dispositivos com um forte viés pró-consumidor, voltados à proteção da denominada vulnerabilidade.

O art. 42 do CDC, por exemplo, protege os consumidores de possível exposição ao ridículo, de interferências a sua privacidade prejudicando seu trabalho, lazer ou descanso, e da utilização de inverdades.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro surgiu seguindo influências internacionais, em especial a legislação francesa e a norte americana, norteados por princípios como o da vulnerabilidade e o da hipossuficiência do consumidor, além de adotar a tese da boa-fé objetiva. Como descreve José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 55):

Embora se tenha em vista o livre mercado, a livre concorrência, e o próprio art. 170 da Constituição Federal que estabelece os parâmetros da ordem econômica visada pelo Estado Brasileiro, colocando a defesa do consumidor como um de seus pilares imprescindíveis.

Como também, já vistos passos atrás, tal preocupação visa a estabelecer o equilíbrio necessário a qualquer harmonia econômica no relacionamento “consumidor-fornecedor”.

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

Nos comentários acima, nota-se um esforço em conciliar o princípio da ordem econômica consagrado no art. 170 da Constituição Federal de 1988 com a defesa do consumidor.

Nelson Nery Júnior (2001) esclarece que, de acordo com a boa-fé, o comportamento das partes teria como consequência a possibilidade de revisão de contrato celebrado entre elas. O autor descreve o instituto da boa-fé da seguinte forma:

No sistema brasileiro das relações de consumo, houve opção explícita do legislador pelo primado da boa-fé. Com a menção expressa do art. 4º, nº III, do CDC à ‘boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores’, como princípio básico das relações de consumo- além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, nº IV) -, o microsistema do *Direito das Relações de Consumo* está informado pelo princípio geral da boa-fé, que deve reger toda e qualquer espécie da relação de consumo, seja pela forma do ato de consumo, de negócio jurídico de consumo, de contrato de consumo etc. (NERY JUNIOR, 2001, p. 450).

A análise de Nelson Nery Junior (2001) apresenta uma constatação, no que diz respeito ao aspecto contratual das relações de consumo, de que a boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor. Isso para que haja transparência e harmonia nas relações de consumo, de maneira a manter o equilíbrio entre os contratantes.

Contudo, ao analisar os comentários ao art. 43 do CDC realizados por Hermam Benjamin (2001), observa-se a grande preocupação com a potencial vulnerabilidade do consumidor na sociedade do crédito fácil, da volatilidade do emprego e da constância das crises econômicas. Como declarado pelo autor:

[...] o devedor, frequentemente, não é um contumaz e irresponsável contratante; é vítima, tanto quanto o credor, que também sofre com o inadimplemento. Se deixa de pagar não é por desejo seu, mas porque suas condições presentes não o habilitam, consequência da permanente variabilidade das circunstâncias do mundo real que o cerca (BENJAMIN, 2001, p. 392).

Nesse trecho é evidente uma perspectiva de vitimização exacerbada do devedor, como também o reconhecimento das dificuldades do credor. Entretanto, a legislação consumerista,

bem como o sistema judiciário brasileiro, não se preparou adequadamente no sentido de auxiliar o credor em suas dificuldades. Observa-se que o enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor desequilibra muitas análises e julgamentos concernentes às relações de consumo, em especial nas operações de crédito.

Os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor nitidamente foram pensados com foco na proteção do devedor. No longo prazo essa perspectiva provocou o desequilíbrio das relações de consumo. Com o passar dos anos a doutrina jurídica, os legisladores e principalmente as decisões dos tribunais brasileiros demonstraram um foco maior na proteção da vulnerabilidade do consumidor, relegando em muitos casos a preocupação com a ordem econômica.

Seguindo a perspectiva da teoria do direito apresentada por Niklas Luhmann⁵ (2016, p. 12), esse descreve que as teorias jurídicas que se autoproduzem na prática do direito não mantêm aquilo que o conceito da teoria prescreve no contexto do sistema da ciência. Portanto, as teorias advindas da prática acabam sendo mais um subproduto da necessidade de chegar a decisões sustentáveis. Nesse sentido, quase trinta anos após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, todo um ecossistema composto por legislações, decisões de tribunais, teorias e doutrinas foi estruturado na proteção do consumidor de boa-fé.

Em contrapartida, na atualidade verificam-se recordes na inclusão de brasileiros nas listas de inadimplentes. O impacto macroeconômico dessa realidade é bastante significativo no mercado de crédito como um todo. A Associação Nacional dos Bureaus de Crédito (ANBC) comenta esse cenário:

A maior crise econômica da história republicana do Brasil, aliada à falta de planejamento do consumidor e à ineficiência do atual modelo de concessão de crédito das empresas credoras, que desconhecem o real nível de endividamento das pessoas, levaram o número de brasileiros incluídos na lista de inadimplentes a bater recorde histórico, ultrapassando a casa dos 63 milhões.

As perdas de crédito agravam não somente os problemas financeiros das organizações (bancos, financeiras, varejistas, empresas prestadoras de serviços de utilidade pública, empresas de telefonia e telecomunicações etc.). Elas também prejudicam o sono e a vida dessas famílias inadimplentes, que representam cerca de 40% dos adultos do país (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BUREAUS DE CRÉDITO, 2018).

⁵ A perspectiva teórica de Niklas Luhmann transborda a teoria do Direito para apresentar uma teoria da própria sociedade e de como Direito se insere nela, de forma sistêmica, operando como uma máquina em que conceitos são diariamente apresentados com novos significados. Para um maior esclarecimento acerca dessa abordagem recomenda-se a leitura de VITA, Jonathan Barros. **Teoria geral do direito: direito internacional e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin. 2011.

A problemática em torno dos altos índices de inadimplência no país é bastante complexa e é uma das consequências dos juros elevados praticados no Brasil na atualidade. Tal fato, conforme a respectiva entidade acaba por afetar tanto os inadimplentes, que ficam sem crédito na praça, e os adimplentes, pois são obrigados a arcar com taxas mais elevadas para compensar a conduta daqueles (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BUREAUS DE CRÉDITO, 2018).

3.2.1 Uma Visão Sistêmica do Fenômeno da Inadimplência

Diversos fatores podem ser considerados para compreender o fenômeno da inadimplência no país. Em destaque estão o desemprego, problemas de saúde, divórcio e situações do cotidiano que desequilibram as finanças. Outros também podem ser considerados, como a falta de educação financeira, a estrutura do sistema de cobrança e recuperação de crédito como um todo, vez que alinhado com leis paternalistas, e, até mesmo, em virtude da morosidade do judiciário.

Muitas vertentes analisam o fenômeno da inadimplência. Uma linha de pesquisa que busca explicar a insolvência é a do comportamento econômico proposta por Jason J. Kilborn (2006). Ele explica que essa abordagem analítica assegura potenciais prognósticos em uma grande variedade de áreas, particularmente em campos que envolvem mudança de comportamento como o endividamento do consumidor e sua insolvência. Todavia, esclarece:

Gradativamente, o crédito dos consumidores tem sido consideravelmente positivo dando poder aos consumidores, melhorando suas vidas pelo nivelamento do ganho potencial futuro. Se o crédito não é restrito, não é possível eliminar o superendividamento e os problemas sociais que causa. Consumidores encontram-se extrapolados financeiramente, com o resultado de um planejamento inadequado e, também, como resultado de fatores externos, tais como desemprego, problemas de saúde, divórcio. Mais e mais países parecem concordar com a noção geral de que o superendividamento deveria ser prevenido e, dentro das possibilidades, tratado (KILBORN, 2006, p. 68).

No Brasil, Claudia Lima Marques (2006, p. 256) estuda o fenômeno do superendividamento, definindo-o desta forma:

A impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos). Este estado é um fenômeno social e jurídico a necessitar algum tipo de saída ou solução pelo direito do consumidor, a exemplo do que aconteceu com a falência e a concordata no direito da empresa:[...]

Explica, ainda, que a doutrina europeia distingue o superendividamento passivo do ativo. O primeiro é definido como aquele em que o consumidor não contribuiu ativamente para o aparecimento da crise de insolvência e liquidez. O segundo, como aquele em que o consumidor abusa do crédito e consome demasiadamente, acima das possibilidades de seu orçamento, sendo que, mesmo em condições normais, não teria como fazer face às dívidas assumidas (MARQUES, 2006, p. 258).

Novamente destaca-se, na estrutura de regulação das relações consumeristas no país, tanto do ponto de vista legal como teórico e doutrinário, a aplicação do princípio da boa-fé com um enfoque significativo voltado para a proteção do consumidor. Diferente do anteriormente preconizado por Nery Junior, (2001), quando defendia que esse princípio seria um dever de ambos, tanto do fornecedor quanto do consumidor. Cita-se:

A boa-fé no Código de defesa do consumidor, é princípio geral (art. 4º, III), é conceito indeterminado (art. 51, caput e IV) e é cláusula geral (art. 51 IV). [...] Como já afirmamos muitas vezes, a imposição do princípio da boa-fé objetiva às relações de crédito com consumidores leva a existência de um dever de cooperar dos fornecedores (grifo nosso) para evitar a ruína desses consumidores. Haveria, pois, na relação de crédito ao consumo e nas envolvendo financiamentos de consumo (art. 52 do CDC) novos deveres de cooperação de fornecedores de serviços bancários, de crédito e financeiros (Súmulas 297 e 283 do STJ) imporiam um esforço de boa-fé para adaptar estes contratos e preservá-los (neue Verhandlungspflichten), a evitar a ruína e o superendividamento dos consumidores de boa-fé) (MARQUES, 2006, p. 259).

No texto acima, ressalta-se o ponto de vista predominante na teoria consumerista no Brasil, notando-se uma determinação moral direcionada ao credor, visando sua colaboração com a regularização de débitos do devedor. Porém, não se destaca na doutrina brasileira, pós Código de Defesa do Consumidor, uma imposição mais incisiva quanto às obrigações do devedor perante o credor em si.

O art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da cobrança de dívidas, objetiva, sobretudo, tutelar o consumidor, de modo que resta nítida a preocupação do legislador com possíveis abusos praticados nas cobranças de dívidas. Contudo, a lei é omissa quanto à possíveis excessos por parte do devedor.

Um outro aspecto a se observar está no tempo médio de julgamento de uma ação pela justiça brasileira. Conforme o Relatório Executivo 2019, ano base 2018, do Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de julgamento de um processo judicial no Brasil é de quatro anos e dez meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Para compreender sistemicamente o fenômeno da inadimplência e a influência do ecossistema jurídico brasileiro nessa dinâmica, considera-se, mais uma vez, o pensamento de

Luhmann (2016, p. 741). Esse descreve que o direito opera na sociedade, nela se executa, desempenha uma função social e se faz diferenciado para satisfazer a essa função por sua reprodução autopoietica própria. A partir ponto de vista, discorre a respeito do sistema do direito, observando-o como arte e modo de introduzir e vincular um futuro aberto à sociedade, podendo entendê-lo também como o sistema imunológico da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 763). Assim, explica como esse sistema imunológico opera:

O sistema imunológico não se presta à correção de erros, mas ao enfraquecimento de riscos estruturais. Ele não segue o ideal de uma prática razoável, livre de calamidades. Sua função não é eliminar falsas concepções a respeito do que é lícito, pois nesse caso a tarefa, de pronto, seria executada (sem importar os critérios). O sistema imunológico permite ao sistema social fazer frente ao risco estruturalmente determinado de uma contínua reprodução de conflitos. A necessidade de um sistema imunológico não é consequência de uma inadequada adaptação com o ambiente, mas de uma consequência da recusa a adaptação.

E também isso se encontra em consonância na teoria do sistema imunológico: O direito aprende por ocasião dos conflitos. Sem conflito ele não surgiria, ou então não se renovaria e seria esquecido. Ao se falar de conflitos também se pode tratar de conflitos provocados pelo direito como os conflitos por ocasião de regulamentações estatais (LUHMANN, 2016, p. 765).

Aplicando a perspectiva acima para a compreensão do fenômeno do inadimplemento no Brasil, evidencia-se que a cultura jurídica consumerista, combinada com a morosidade da máquina judiciária no Brasil e a influência ancestral de uma sociedade colonialista, favoreceram o surgimento de um fenômeno comportamental relevante para os altos índices de inadimplemento no país, que consiste na relativização do dever de pagar dívidas. Portanto, uma variável importante e não contemplada em legislações pertinentes, diz respeito à existência da figura do devedor contumaz (ou crônico), para o qual um remédio jurídico precisa ser pensado.

Considera-se devedor contumaz a pessoa física ou jurídica que possui dívida, mas de forma proposital não se ocupa em renegociá-la ou quitá-la. Inclusive promove fraudes para evitar a regularização do débito ou utiliza-se de manobras jurídicas para protelar a execução dela. Como prejudicados diretos dessa prática estão os credores, tanto públicos como privados. O Estado também é penalizado com o não recebimento de impostos, por exemplo.

Todavia, o prejuízo indireto afeta toda a sociedade, considerando que o mercado de crédito precifica suas operações observando as estimativas de risco e índices de provável inadimplência. Isso explica, por exemplo, o porquê de juros dos cartões de crédito serem mais altos do que operações de crédito consignado, já que essas têm o desconto das parcelas diretamente atrelados à folha de pagamento.

No Brasil vários fatores favorecem à existência e o aumento de devedores contumazes. A crise econômica ocorrida no período de 2015 a 2017 configurou-se como a principal justificativa para o alto inadimplemento de linhas de crédito, tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas em geral. Em especial, no segmento de micro e pequenas empresas, muitos empresários alegaram prejuízos com a crise como justificativa para não honrarem seus débitos, contudo, mantiveram-se em atividade normalmente. Em muitos casos, proprietários de empresas solicitaram recuperação judicial ou falência perante a justiça, mas de fato abriram novos CNPJ's em nome de terceiros e continuaram operando, inclusive no mesmo endereço e com o mesmo nome fantasia.

Observou-se, nesse período, a intensificação do que pode ser denominada advocacia predatória, situação em que advogados aconselham seus potenciais clientes a não honrarem seus débitos, ainda que detentores de renda e ou faturamento mensal. Assim, visando vantagens como descontos para possível quitação das dívidas ou a protelação delas no âmbito judicial e, conseqüentemente, o inadimplemento definitivo conduzido de forma orquestrada e intencional. Resulta, em diversas situações, na desistência da cobrança judicial por parte do credor diante da constatação de irrecuperabilidade dos créditos. Não necessariamente devido à perda de patrimônio ou da capacidade de pagamento do devedor, mas sim pelo desinteresse dele em honrar seus débitos em razão da certeza da impunidade.

No âmbito do direito tributário o Projeto de Lei 1.646 de 2019, de autoria do Poder Executivo, visa o fortalecimento da cobrança da dívida ativa e o combate ao devedor contumaz. Define como devedor contumaz o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributos (PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL, 2019). A iniciativa do Poder Executivo revela para o cenário jurídico e legislativo brasileiro um debate necessário também para as relações de consumo de âmbito privado. Contudo, desconhecem-se projetos de lei nacional dessa natureza em matéria consumerista.

Um segundo ponto a se destacar, que favorece possíveis fraudes e inadimplementos contumazes, está na já mencionada cultura jurídica brasileira. Essa imprime um viés paternalista, fortalecido por teses como a da boa-fé objetiva do consumidor e a da vulnerabilidade do consumidor, visando a garantia constitucional da defesa do consumidor. Porém, a prática judicial relegou para segundo plano o princípio da ordem econômica preconizado no art. 170 da Constituição Federal. A consequência para o mercado de crédito desse ecossistema jurídico construído nas últimas décadas é um Judiciário atuante com forte viés anticredor.

Essa discussão foi fortalecida pelo estudo *Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brasil*, de Persio Arida, Edmar Lisboa Bacha e André Lara Resende, publicado em 2003. Esses apontam como um fator determinante para um potencial colapso do mercado financeiro brasileiro de longo prazo a incerteza jurisdicional. A qualidade da execução das garantias é baixa porque a lei e a jurisprudência são tendenciosas em relação ao devedor (ARIDA; BACHA; LARA-RESENDE, 2003).

Sendo assim, princípios norteadores da defesa do consumidor, tão necessários para coibir condutas abusivas na relação consumerista, como o princípio da vulnerabilidade e o da boa-fé objetiva, acabaram, em muitos casos, por gerar um efeito diverso do esperado. Ocasionalmente externalidades negativas, de modo a favorecer potenciais fraudes, fragilizando o sistema de recuperação de crédito como um todo e gerando a insegurança jurídica dos credores.

Uma consequência negativa observada na cena do mercado de crédito é a redução da oferta de crédito ou a extinção de linhas de créditos que seriam benéficas para consumidores e empresas. Um exemplo disso é a linha de crédito denominada cartão BNDES, voltada para micro e pequenas empresas. Tratava-se de uma linha de crédito com taxas de juros em torno de 1,12% ao mês e que não exigia vinculação de garantias para contratação. Devido aos altos índices de inadimplência, grandes bancos deixaram de operar com essa linha e aqueles que ainda operam estabelecem uma série de exigências e garantias. Tal fato foi noticiado pela revista *Época Negócios* em 2017:

Os grandes bancos alegam que a modalidade de crédito via cartão BNDES não cobre os riscos de inadimplência, inteiramente assumidos por eles. Embora o BNDES seja a fonte de recursos para esse tipo de financiamento, ele não arca com os prejuízos em caso de calote.

Com o agravamento da crise econômica e as poucas garantias oferecidas pelas empresas que buscaram o crédito mais barato, a inadimplência chegou a quadruplicar em instituições que repassaram grande volume dessa linha entre 2015 e 2017 (*ÉPOCA NEGÓCIOS*, 2017).

O fato é que os altos índices de inadimplência são um fenômeno relevante no cenário brasileiro e um verdadeiro entrave ao desenvolvimento econômico como um todo. Compreender esse fenômeno é o primeiro passo para pensar em medidas que possam reduzir seus impactos e consequências negativas para toda a sociedade.

3.3 O SISTEMA FINANCEIRO, O MERCADO DE CRÉDITO E A INADIMPLÊNCIA

O sistema financeiro corresponde a um conjunto de instituições e entidades que promovem a intermediação financeira e representam um papel importante na economia, afinal, através dele se organiza a circulação da moeda de um país. Podem-se dividir as atividades do sistema financeiro em diversos mercados, sendo eles o mercado de capitais, o mercado cambial, o mercado monetário e o mercado de crédito. Esse último é o foco desta análise. Para melhor situar a abrangência desse sistema, observa-se o descrito por Rachel Sztajn (2011, p. 5):

Há quem veja o financeiro, embora aceite que seja um sistema, como parte de um conjunto maior composto por bancos e outros intermediários, investidores institucionais e mercados. Nos dois extremos do mercado estão os operadores que mantêm relações com o sistema. De um lado estão as famílias que mantêm depósitos e/ou créditos contra bancos e outros intermediários financeiros e que tem cotas de fundos e valores mobiliários. Do outro lado ficam as empresas e o governo, o setor público, que recebem financiamentos por meio de bancos, de outros intermediários financeiros e que têm cotas de fundos e valores mobiliários. Do outro lado, ficam empresas e o governo, o setor público, que recebem financiamentos por meio de bancos, de outros intermediários financeiros, ou via mercado, no caso de valores mobiliários emitidos por companhias abertas para negociação em mercados.

Para que haja um equilíbrio nas demandas e ofertas é necessária uma organização dessas transferências de poder, papel desempenhado pelo sistema financeiro. Nesse sentido, Sztajn (2011, p. 7) define o sistema financeiro como multifacetado, descrevendo as interligações entre os subsistemas como inafastáveis. Nesse contexto, explica a função do Direito:

A garantia da certeza e segurança que o direito provê pode ser entendida como equilíbrio dinâmico, em que a interação de forças opostas, a inovação e a estabilidade não gerem rupturas. O equilíbrio dinâmico é endógeno ao sistema econômico; e menos aparente no sistema financeiro em que se manifesta por normas informais aceitas pelos empresários, mecanismos que são de solucionar problemas, fortalecer e facilitar as atividades (SZTAJN, 2011, p. 7).

Ao observar a atividade bancária como um todo, pode-se afirmar que é diferenciada das demais atividades econômicas, pois para que seja sustentável é necessária a existência de confiança, tanto por parte dos investidores que depositam seus recursos nas instituições financeiras, como por parte dos devedores que captam os recursos para posterior pagamento.

No cenário brasileiro um dos maiores problemas gerados pelo sistema financeiro, em especial no âmbito do mercado de crédito e que afeta diretamente a economia, são os índices de inadimplência. Nesse sentido, um estudo do Spread Bancário recente realizado pela

consultoria Accenture para a Federação Brasileira de Bancos (2017), o qual pode ser encontrado no anexo 1, esclarece:

Há relação direta entre a taxa de inadimplência, que determina o nível de risco, e o patamar dos juros de cada operação. No caso de créditos para pessoas físicas, linhas com baixo risco – como o crédito consignado com desconto em folha, ou o financiamento de veículos, que tem a garantia do próprio veículo – têm taxas de juros mais baixas. Linhas de alto risco de inadimplência – como o cheque especial e o cartão de crédito rotativo – têm taxas de juros mais altas [...]. No segmento de créditos para as empresas, a taxa de juros para desconto de duplicata, em que há garantia, é bem menor que a da linha de financiamento de capital de giro, por exemplo (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, 2017).

Diante dos riscos atribuídos a essa atividade, é primordial que haja um equilíbrio entre o lucro e os riscos. Para este estudo optou-se por destacar as cinco principais modalidades de risco, quais sejam: risco de liquidez, risco de mercado, risco operacional, risco legal e risco de crédito. Dessas, em especial, explicita-se o risco de crédito como uma modalidade de risco que consiste na possibilidade de o tomador de recursos não devolver o valor emprestado, como explica Securato *et al.* (2012, p. 59) é a possibilidade da operação não se encerrar na forma esperada.

Nessa lógica, destacam-se a relevância de estudos e o desenvolvimento de mecanismos legais que dimensionem melhor o risco de crédito e ofereçam segurança jurídica para a atividade de intermediação financeira. Hoje o sistema financeiro brasileiro padece de elevados índices de inadimplência quando comparado a outros países.

Informações importantes sobre o mercado de crédito descritas no estudo acima mencionado, demonstram que a taxa de recuperação de garantias por via judicial no Brasil, além de ser uma das mais onerosas do mundo, está entre as piores. Gira em torno de 15,8%, em detrimento da média dos países pesquisados que é de 69%. Logo, enquanto um processo de recuperação de crédito no Brasil dura em média quatro anos, no Reino Unido a média é de um ano e a taxa de recuperação naquele país é de 88% (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, 2017).

O estudo aponta que os custos financeiros de inadimplência e operacionais dos bancos brasileiros são os maiores em comparação com os demais países analisados, sendo que o lucro efetivo dos bancos brasileiros corresponde a 9% do *spread* observado (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, 2017).

Um terceiro ponto descrito na pesquisa, citando estudos do Banco Mundial, está na qualidade e disponibilidade de informações de crédito insuficientes no Brasil. Enquanto em países como Austrália, Alemanha, Coreia do Sul, Estados Unidos, Reino Unido e o México a

cobertura dos bureaus de crédito tem uma abrangência de 100%, no Brasil esse percentual é de 78,9%, ficando atrás inclusive da Colômbia, que é de 92,1% (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, 2017).

Constatações como essas geram um impacto sistêmico considerável. As taxas de juros praticadas no mercado de crédito consideram os índices de perda esperada, portanto, o índice de perda de cada linha de crédito estipula a taxa de juros. Conforme o índice de inadimplência, as linhas créditos tendem a aumentar as taxas de juros, isso quando as próprias linhas não acabam suspensas pelas instituições financeiras.

Além disso, baixos índices de inadimplência poderiam ser um atrativo para instituições financeiras internacionais, aumentando a concorrência no mercado de crédito no país, fato que seria benéfico para toda a sociedade.

Também constataram que a melhoria da segurança jurídica do credor nas operações com garantias, recuperação judicial e falências dependem do aprimoramento do uso de garantias e ampliação das fontes disponíveis para garantias, da redução do custo fiscal da inadimplência, do aprimoramento dos critérios de provisão (Res. 2682) e, em destaque, do aperfeiçoamento dos dados dos consumidores, através do uso efetivo das informações positivas e do aperfeiçoamento das leis de histórico de crédito (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, 2017).

Nesse contexto de altos índices de inadimplência e de insegurança jurídica, é necessário pensar nas alternativas que as novas tecnologias oferecem para favorecer o andamento de um mercado de crédito mais saudável. Cabe, assim, uma análise mais detalhada do papel relevante dos bancos de dados em uma sociedade conectada em rede.

3.4 COMPREENDENDO O CENÁRIO DA SOCIEDADE EM REDE E A RELEVÂNCIA ECONÔMICA DOS BANCOS DE DADOS

Diante as considerações acerca do fenômeno da inadimplência no Brasil acima descritos, nesse próximo tópico procura-se contextualizar o crescimento exponencial do fluxo de dados pessoais na sociedade em rede, de modo a construir as bases para uma análise posterior quanto ao tratamento de dados pessoais para análises de crédito e aplicabilidade dos dispositivos legais pertinentes a matéria.

3.4.1 Crescimento Exponencial do Tráfego de Dados Pessoais

As grandes tendências de evolução técnica contemporânea, na perspectiva de Pierre Lèvi, provocaram mutações sociais e culturais. O primeiro dado a levar em conta foi o aumento exponencial da performance dos equipamentos (velocidade de cálculo, capacidade de memória, taxas de transmissão) combinado com uma baixa contínua de preços (LÈVI, 2010, p. 32). No que diz respeito ao tratamento de dados, o autor explica:

Do ponto de vista do equipamento, a informática reúne técnicas que permitem digitalizar a informação (entrada), armazená-la (memória), tratá-la automaticamente, transportá-la e colocá-la à disposição de um usuário final, humano ou mecânico (saída). Estas distinções são conceituais. Os aparelhos ou componentes concretos quase sempre misturam diversas funções.

Os órgãos de tratamento de informação ou ‘processadores’, que hoje se encontram em chips, efetuam cálculos aritméticos e lógicos sobre os dados. Eles executam em grande velocidade e de forma extremamente repetitiva um pequeno número de operações muito simples sobre informações codificadas (LÈVI, 2010, p. 32).

Transações financeiras ou comerciais, e até mesmo a comunicação por redes de relacionamento pessoal, são realizadas de modo frenético e simultâneo por meio da rede mundial de computadores. Essa realidade é explicitada novamente por Pierre Lèvi:

Os processadores disponíveis tornam-se, a cada ano, menores, mais potentes, mais confiáveis e mais baratos. Estes progressos, como no caso das memórias, têm características exponenciais. Por exemplo, a lei de Gordon-Moore (que tem se mostrado exata nos últimos 25 anos) prevê que, a cada dezoito meses, a evolução técnica permite dobrar a densidade dos microprocessadores em termos do número de operadores lógicos elementares. Ora, essa densidade traduz-se quase linearmente em velocidade e potência de cálculo. Podemos ainda ilustrar essa rapidez de evolução dizendo que a potência dos maiores supercomputadores de hoje estará disponível em um computador pessoal ao alcance da maior parte dos bolsos em dez anos (LÈVI, 2010, p. 34).

Considerando-se a ascensão dos *smartphones* nos últimos dez anos, a eminência da tecnologia 5G e da internet das coisas, é possível dar razão para os estudos acima descritos.

Na cena do mercado econômico mundial atual, quatro das mais valiosas empresas da atualidade são gigantes da tecnologia: Apple, Amazon, Google e Facebook. Em especial, as duas últimas são empresas de dados. A monetização da informação tornou-se uma *commodity*.

Observa-se a realidade de um mundo cada vez mais interconectado, no qual bilhões de pessoas encontram-se interligadas por dispositivos móveis, originando um tráfego e processamento de dados exponencialmente crescente. Assim, exigindo uma compreensão mais

abrangente de assuntos alheios à teoria jurídica clássica, como o entendimento de mecanismos de tecnologia do tipo *big data* e internet das coisas, por exemplo.

O tráfego de informações, sobretudo de dados pessoais, ganhou proporções gigantescas, gerando uma série de situações juridicamente relevantes. Nesse cenário, a respeito da implementação de uma cultura da Internet, Manuel Castells (2004, p. 83) ensina:

A cultura da Internet é uma cultura construída sobre a crença tecnocrática no progresso humano através da tecnologia, praticada por comunidades de hackers que prosperam num ambiente de criatividade tecnológica livre e aberta, assente em redes virtuais, dedicadas a reinventar a sociedade, e materializada por empreendedores capitalistas na maneira como a nova economia prospera.

A partir dessa teia social/digital, com o uso de novas tecnologias a sociedade global, cada vez mais, organiza-se e passa a interagir e, sobretudo, realizar transações e negócios em rede.

Assim, ao analisar a nova economia desenvolvida com o advento da rede mundial de computadores e ao observar o surgimento de uma cultura empreendedora, Castells (2004, p. 82) destaca os investimentos das empresas como a principal força geradora dessa expansão. Como consequência, tem-se o fato de que a Internet não é nem mais nem menos mercantil que outros âmbitos da vida. Logo, mais importante do que o domínio da Internet por parte das empresas, é o tipo de empresa que ela permitiu desenvolver e, portanto, não é exagero dizer que a internet transformou o mundo empresarial, tanto quanto esse transformou a Internet (CASTELLS, 2004, p. 77).

O processo de desenvolvimento tecnológico, segundo Thiago Luís Santos Sombra (2019, p. 27) afetou principalmente dois campos, a privacidade e a proteção e dados pessoais. Além disso, o autor esclarece que:

Com uma nova força motriz de geração de riqueza- os dados pessoais-, a privacidade se viu diante de uma encruzilhada: tornar-se um obstáculo rígido ao fluxo transacional de informações ou adaptar-se à nova realidade econômica para viabilizar ganhos sociais mais difundidos.

Embora esse processo tenha sido marcado por expressiva assimetria informacional, o fato é que os dados pessoais e a privacidade tornaram-se o motor do que se convencionou denominar da *data driven economy*, deveras marcada pelo suposto compartilhamento e pela capacidade de autogeração de riqueza a partir de ferramentas tecnológicas com a inteligência artificial, *machine learning*, internet das coisas e *blockchain* (SOMBRA, 2019, p. 28).

Surge assim, a exigência de estratégias globais de organização e, principalmente, controle do tráfego de dados. Porém, antes de adentrar na temática dos mecanismos de proteção de dados pessoais, se faz necessário diferenciar dados e informações.

Para tanto, Peter Rob e Carlos Coronel (2011) descrevem dados como fatos brutos, explicando que a palavra bruto indica que os fatos ainda não foram processados para revelar seu significado. Enquanto isso, as informações são o resultado do processamento dos dados brutos para revelar seu significado. Tal processamento pode ser simples, como a organização dos dados para revelar padrões, ou complexos, como a realização de previsões ou a extração de inferências. Nesse caso, utiliza-se modelagem estatística e explicam que para revelar seu significado as informações exigem um contexto (ROB; CORONEL, 2011 p. 4).

Em um cenário multifacetado, em que o armazenamento e tratamento de dados tornou-se um negócio rentável e valioso, Peter Rob e Carlos Coronel destacam:

Na atual “era da informação” a produção de informações precisas, relevantes e rápidas é a chave para uma boa tomada de decisão. Por sua vez, uma boa tomada de decisão é a chave para a sobrevivência comercial no mercado global. Dizem que estamos entrando na “era do conhecimento”. Os dados são o fundamento das informações que é a base do conhecimento, ou seja, do corpo de informações e fatos sobre um assunto específico. O conhecimento implica familiaridade, consciência e compreensão das informações conforme se aplicam a um ambiente. Uma característica fundamental do conhecimento é que o “novo” conhecimento pode ser obtido a partir do “antigo” (ROB; CORONEL, 2011, p. 6).

Descrevendo esse cenário de relevância dos bancos de dados, os autores elencam os pontos fundamentais a serem considerados, quais sejam: Dados são os blocos de construção das informações; As informações são produzidas pelo processamento de dados; Elas são utilizadas para revelar o significado dos dados; Informações precisas, relevantes e rápidas são a chave para a boa tomada de decisões; A boa tomada de decisão é a chave para a sobrevivência de uma organização no ambiente global (ROB; CORONEL, 2011, p. 6).

Considerando os dados como a matéria prima para produzir informações, Peter Rob e Carlos Coronel (2011, p. 631) constatam que no ambiente atual os dados se configuram em um bem valioso que exige gerenciamento cuidadoso, pois podem ser traduzidos em informações. Essas, sendo precisas e oportunas, podem permitir ações que aprimorem a posição competitiva da empresa e, como consequência, gerarem riquezas. Portanto, na prática, uma organização está sujeita ao “*ciclo dados-informação-decisão*”, ou seja, o usuário de dados aplica inteligência aos dados para produzir informações, que são a base do conhecimento utilizado na tomada de decisões (ROB; CORONEL, 2011, p. 630).

Acrescentam que em uma organização os bancos de dados exercem uma função. Nesse sentido, justificam que os dados são utilizados por pessoas diferentes em departamentos distintos e por diversos motivos, assim concluem que o gerenciamento de dados deve tratar do conceito de dados compartilhados. Para tanto, se faz necessário um Sistema de Gerenciamento de Banco de Dados. Frisam ainda que o papel preponderante do banco de dados é dar suporte à tomada de decisões gerenciais em todos os níveis da organização e preservar a privacidade e a segurança dos dados (ROB; CORONEL, 2011, p.632).

Finalmente, os autores apontam como o objetivo geral de qualquer banco de dados é fornecer um fluxo contínuo de informações por toda a empresa, definindo-os e revelando sua relevância:

O banco de dados da empresa também é conhecido como banco corporativo ou empresarial. O banco de dados empresarial pode ser definido como ‘a representação dos dados de uma empresa que fornece suporte a todas as operações presentes e esperadas no futuro’. A maioria das organizações bem-sucedidas hoje em dia dependem do banco de dados empresarial para fornecer suporte a todas as suas operações- do projeto à implementação, das vendas aos serviços e da tomada diária de decisões ao planejamento estratégico (ROB; CORONEL, 2011 p. 633).

Diante do relevante papel dos bancos de dados nas organizações, nota-se que diversos mecanismos tecnológicos têm surgido e um grande fluxo de dados passou a circular em todos os lugares, produzindo bancos de dados exponencialmente crescentes. Nesse sentido Bruno Bioni ensina:

Com a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto a segmentação dos bens de consumo (*marketing*) e a sua promoção (publicidade), os dados pessoais dos cidadãos converteram-se em um fator vital para a engrenagem da economia da informação.

E, com a possibilidade de organizar tais dados de maneira mais escalável (e.g. Big Data), criou-se um (novo) mercado cuja base de sustentação é a sua extração e comodificação. Há uma economia de vigilância que tende a posicionar o cidadão como um mero expectador das suas informações (BIONI, 2019, p. 13).

Por certo, nesse contexto se insere a temática da proteção de dados pessoais, justificando o avanço e amplitude de regulações concernentes à matéria.

Um mecanismo de destaque em toda essa evolução da proliferação de bancos de dados é, por exemplo, o *big data*. A respeito dessa tecnologia, Larissa Kakizaki de Alcântara (2017) apresenta a seguinte definição:

[...] trata-se de tecnologia de armazenamento e, também, de análise de volume e variedade de dados com uma maior velocidade. Serão coletados variados tipos de

informações com a finalidade de serem analisadas para, posteriormente, serem usufruídas.

Boa parte dessas informações é produzidas pelos usuários (consumidores), pois a maior parte, mais da metade, inclusive, é gerada pelas empresas. Dados fornecidos pelo facebook, por exemplo, vão desde pessoas, atividades e localizações, estas, todas ligadas entre si. Elas podem servir inclusive para a publicidade, ou seja, é através dele que as empresas descobrem seus gostos e interesses, utilizando-se disso para divulgar o melhor anúncio, cuja atenção do consumidor será captada, fazendo-o clicar na loja e acessar a página.

Ferramentas como essa são cada vez mais sofisticadas. Um exemplo delas é o sistema *Analytics* da empresa Google, desenvolvido primeiramente para facilitar o processo de seleção de currículos para a empresa. Ainda, podem-se citar técnicas de elaboração de perfis como o *profiling*, ou o *data shadow* e o *data minning*.

Uma contundente fundamentação da relevância da discussão acerca da proteção de dados pessoais é exposta por Bruno Bioni (2015, p. 37), que ilustra um caso concreto de como atuam as grandes empresas da Internet:

Certa vez, um engenheiro do Google teria dito que eles não coletam informações associadas ao nome das pessoas, pois eles gerariam desinformação – “ruído” nas palavras dele. (New York Times, 2012). Em outra oportunidade, o então chefe de assuntos de privacidade do Facebook, Erin Egan, afirmou paradoxalmente que apesar da rede social fornecer publicidade com base na identidade dos seus usuários, isso não significaria que eles sejam pessoas identificáveis (The Wall Street Journal, 2012). De fato, o modo pelo qual a internet funciona não se faz necessário saber a identidade do usuário para lhe direcionar um conteúdo, ou, mesmo, sujeitá-lo a um processo de decisão automatizada. Basta lhe atribuir um identificador eletrônico único que permita separá-lo dos milhões de usuários da rede, como por exemplo, com relação ao computador a qual ele está conectado, o que é feito através do número de conexão a ele atribuído (o chamado protocolo de endereço IP: NIC.Br, 2014). A partir desse identificador eletrônico, reconhece-se o dispositivo conectado, o que permite, dentre outras coisas, a memorização dos logins e/ou senhas para um acesso mais dinâmico às aplicações da web. É dessa maneira que se melhora a experiência do usuário – mantra tão repetido nos dias atuais – que nada mais é que a formação de um perfil comportamental da sua navegação.

Por meio do mecanismo descrito é possível compilar um perfil *browsing* (navegação), mesmo não identificando individualmente o sujeito envolvido. Com esse argumento as empresas que utilizam dessa ferramenta justificam suas ações. Como complementa Bruno Bioni (2015, p. 37):

Pode ser, por exemplo, uma família ou mesmo um conglomerado de funcionários de uma empresa que fazem uso da mesma conexão, o que acaba por tornar difícil o enquadramento de tais dados como aqueles relacionados a uma pessoa identificável. Por isso, é tão sedutor o argumento de que tais corporações não coletam dados pessoais. Por outro lado, é incontestável que tais corporações se valem desse expediente para modular a interação das pessoas na internet.

A análise de Bruno Bioni (2019, p. 48) diagnostica que a alocação dos dados pessoais se tornou um ativo econômico. O avanço tecnológico foi propulsor de um salto quantitativo e qualitativo no processamento da informação, descrevendo a nova realidade:

Os dados pessoais dos consumidores revelaram-se igualmente como um elemento crítico para a promoção dos bens de consumo. O caráter estandarizado da abordagem publicitária sofreu um processo de mitigação, pelo qual a publicidade pode ser direcionada, especialmente no ambiente on-line, com base nas preferências do sujeito final da cadeia[...].

A essa altura, a publicidade já se apresentava como algo altamente rentável que viria a conduzir uma nova estratégia comercial. As receitas publicitárias consolidaram um novo modelo de negócio-*zero-price advertisement businessmodel*. O consumidor não paga diretamente por um bem de consumo mediante uma prestação pecuniária (*zero-price*). A contraprestação consiste no fornecimento de seus dados pessoais para a entrega de publicidade direcionada (*advertisement business model*) [...]. essa monetização dos dados pessoais formatou uma nova economia (BIONI, 2019, p. 49, grifos no original).

Com tantas ferramentas tecnológicas e uma economia informacional geradora de riquezas, Bioni (2019, p. 49) descreve a existência de uma complexa rede de atores que transaciona as informações pessoais dos consumidores, agindo para agregar mais e mais dados e tornar a mensagem publicitária mais eficiente. Nesse contexto, dúvidas quanto à segurança da utilização das redes e quanto ao fornecimento de informações cadastrais é inevitável. Surge, então, a problemática de como proteger os direitos dos usuários.

Diversas tendências acompanham o desenrolar dos fatos diante da exigência de elaboração de regras e instrumentos legais mais sofisticados e abrangentes que busquem, sobretudo, controlar e coibir possíveis abusos na utilização desses dados. Demanda dos responsáveis pelo tratamento de dados, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, maior transparência em suas atividades.

Observa-se uma evolução da temática da privacidade, a qual passa a se estruturar em torno da informação e, paralelamente, surge a necessidade de o Direito focar diretamente na proteção de dados pessoais. Afinal, uma determinada informação pode possuir um vínculo objetivo com uma pessoa e revelar algo sobre ela, o que justifica o avanço e amplitude de regulações concernentes à matéria.

Aprofundando o pensamento, Danilo Doneda (2006, p. 173) ensina que “a mudança qualitativa no tratamento de dados pessoais basicamente se baseia na utilização de algoritmos e técnicas”. Tais técnicas possuem inúmeras finalidades, como controlar a entrada de pessoas em um determinado país, ou até mesmo selecionar o envio de mensagens publicitárias.

Esse vínculo significa que a informação se refere às características ou ações dessa pessoa, que podem ser a ela atribuídas em conformidade com a lei, como no caso do nome civil ou do domicílio, ou então, às informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo. Podem ser, ainda, informações provenientes de suas manifestações, como as opiniões que expressa, por exemplo (DONEDA, 2006, p. 156).

Ao trazer a dinâmica do tratamento de dados para o mercado de crédito, tem-se que o estabelecimento de um mercado saudável e atraente a novos investimentos exige uma série de medidas concretas de alto impacto a serem implementadas, especialmente no que diz respeito à utilização dos dados de consumo. Nesse sentido, verifica-se uma mudança de cultura em curso preconizada por esforços em diversas frentes. Na área da educação, a nova grade curricular nacional de ensino incluiu a educação financeira como obrigatória nas escolas brasileiras a partir de 2020.

Na esfera legal, em meados de 2019 entrou em vigor a Lei Complementar nº 166/2019, a qual alterou as regras para o cadastro positivo de consumidores no Brasil. Sua aplicação de forma correta e alinhada com a Lei nº 13.709/2018, visando à proteção no tratamento de uso de dados pessoais, oferecerá uma maior transparência e segurança aos consumidores, favorecendo todo o ecossistema do mercado de crédito.

3.5 LEI COMPLEMENTAR Nº 166/2019 (NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO): ASPECTOS E FUNCIONALIDADES

Em uma sociedade de consumo o desenvolvimento da economia, bem como a manutenção da ordem econômica, está atrelado ao mercado de crédito. O acesso às informações relacionados ao histórico tanto de crédito como de possíveis atrasos na quitação de débitos permite análises da capacidade de pagamento de clientes mais fidedignas por parte dos credores. Possibilita, assim, a concretização de negócios sustentáveis, enquanto a assimetria informacional pode acarretar em falhas na concessão de crédito.

Os primeiros bancos de dados de consumidores no Brasil remontam a 1950. Logo, a prática da análise de dados para fins de concessão de crédito já era uma realidade muito antes da informatização e do desenvolvimento de tecnologias como inteligência artificial e *big data*.

Do ponto de vista da regulamentação dos bancos de dados de consumo no Brasil, em um primeiro momento, foram estabelecidas regras de cadastro negativo. Em especial, a Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros assuntos, dispõe normas a respeito dos bancos de dados de consumidores, com destaque para o art. 43, § 1º, que prevê

que os bancos de dados de consumo não poderiam conter informações negativas superior a cinco anos.

Uma nova lógica na dinâmica do mercado de crédito surge e com ela a expectativa de uma evolução na trajetória da análise de crédito no Brasil. Em 2011 entra em vigor a Lei nº 12.414/2011, que estabelece uma política pública denominada de cadastro positivo (BRASIL, 2011). O grande propósito de se estabelecer uma base de dados de histórico de créditos e pagamentos positivos, seguindo uma tendência mundial já experimentada em pelo menos 70 países, está na redução das assimetrias informacionais no que diz respeito às análises de crédito e na possibilidade de desenvolver metodologias de cálculos de *score* financeiro com maior acurácia.

O mecanismo estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, em que apenas os dados negativos eram computados, verificou-se insuficiente para separar os bons e os maus pagadores, mais precisamente os devedores de boa-fé dos devedores contumazes.

Porém, o impacto da Lei nº 12.414/2011 resultou bastante limitado, já que a adesão a essa metodologia era voluntária. Recentemente, as regras do cadastro positivo foram alteradas pela Lei Complementar nº 166/2019. Trouxe como destaque a mudança nas características de adesão ao cadastro positivo, de voluntária (*opt-in*) passou a ser compulsória (*opt-out*), mantido ao titular o direito de exclusão.

A inovação trazida pela Lei Complementar nº 166/2019 estabelece o fim da exigência de autorização prévia do indivíduo para que possa ser aberto cadastro com seus dados. Desse modo, o cadastramento de informações de adimplemento de quaisquer pessoas físicas e jurídicas no cadastro positivo será automático, uma vez que os gestores de banco de dados estão autorizados a abri-lo independentemente de consentimento do cadastrado (BRASIL, 2019b).

Importa destacar que a alteração por lei complementar foi necessária pois, dessa forma, não apenas a Lei nº 12.414/2011 foi alterada, mas, também, a Lei Complementar nº 105/2001 que regula o sigilo bancário. Modificou-se no tocante ao rol de atividades que não violam o sigilo bancário, incluindo entre elas o cadastro positivo. Tal dispositivo influenciará o comportamento econômico, pois o consumidor interessado em linhas de crédito com taxas mais atrativas, sabedor da relevância de seu *score* positivo, tenderá a desenvolver maior senso de responsabilidade ao gerenciar seus débitos. Importa esclarecer que o *score* não é e nem será o fator principal, ou único, de decisão quanto à concessão de crédito, mas sim uma ferramenta que irá compor essa decisão.

Talita Dayane Metzner e Alberto Borges Matias (2015, p. 315) explicam que no Brasil os bancos de dados praticamente só coletavam e forneciam informações negativas de

inadimplência. Portanto, tornou-se necessário criar mecanismos que oferecessem informações positivas e demonstrassem quais consumidores e empresas seriam bons pagadores.

Nessa perspectiva, o Banco Central do Brasil define e justifica a proposta do cadastro positivo:

Cadastro positivo é um conjunto de bancos de dados que contém informações de pessoa física ou jurídica relativas a obrigações, vinculadas ou não a operações de crédito, adimplidas pelo cliente (pagamento já foi realizado) ou em andamento (que ainda não venceram).

A proposta do cadastro positivo é beneficiar aqueles que possuem um bom histórico de crédito e uma boa pontuação de modo a facilitar a obtenção de empréstimos e financiamentos e a possibilitar a negociação de melhores taxas e condições de pagamento (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019).

Ainda, destacando as características das regras do cadastro positivo, é importante frisar que a gestão cabe aos bureaus de crédito, sendo a regulamentação dessa dinâmica estabelecida pelo Decreto nº 9.936, de 24 de julho de 2019, e pela Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.737/2019.

O Banco Central foi a instituição responsável por autorizar os gestores de banco de dados (GBD) do cadastro positivo no país. Até o momento, quatro bureaus de crédito possuem a chancela do BACEN para atuarem como GBD's do cadastro positivo: SPC BOA VISTA, SERASA EXPERIAN, SCPC e QUOD. O Art. 4º da Lei Complementar 166/2019 estabelece quais as atribuições nas quais os gestores estão autorizados:

I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo; III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e IV - disponibilizar a consulentes: a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado (BRASIL, 2019b).

A empresa Proscore, que também atua como bureau de crédito, está com processo de chancela em andamento no BACEN para também atuar com GBD.

Um detalhe importante é que apenas o *score* de crédito é disponibilizado aos interessados. Já o relatório de histórico de crédito completo somente poderá ser disponibilizado com o consentimento do titular.

O Decreto nº 9.936 de 2019 considera, em seu capítulo II, o conceito de histórico de crédito como sendo composto pelo conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às

operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento realizadas por pessoa natural ou jurídica (BRASIL, 2019a).

Acerca da metodologia empregada nos cálculos de *score* de crédito, o BACEN esclarece que cada gestor de banco de dados possui autonomia para criar a sua própria metodologia de pontuação, sendo protegida por segredo empresarial. Por outro lado, o gestor de banco de dados deve 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 (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019).

Nesse contexto, os modelos de compartilhamento de informações negativas e, especialmente, positivas, representam as estruturas mais eficientes de análise da decisão de concessão de crédito. Estabelece um filtro capaz de selecionar os bons e maus pagadores, tornando-se possível oferecer taxas de juros personalizadas, de modo a corrigir as distorções de mercado. Bessa descreve as externalidades positivas da disponibilidade de informações para análise de crédito nos EUA:

Nos Estados Unidos, país em que há uma grande disponibilidade de informações pessoais para análise de risco de concessão de crédito, outros benefícios provenientes do tratamento de informações positivas são identificados: maior acesso ao crédito a classes de baixa renda, redução do inadimplemento, prevenção de superendividamento, aumento de competição entre as instituições financeiras, encorajamento para entrada de novos competidores no mercado entre outros (BESSA, 2011, p. 44).

Observa-se com isso, a grande relevância dos bancos de dados de proteção ao crédito como facilitadores do acesso, de baixo custo, às informações pelas instituições bancárias. A expectativa da implementação desse novo sistema é bastante positiva, já que a boa consistência de informações atribuirá maior acurácia nas metodologias de análise de crédito, diminuindo os índices de inadimplência e o risco das operações. Favorece, por sua vez, o crescimento sustentável do mercado de crédito.

Contudo, quanto aos elementos e critérios considerados para composição da nota ou pontuação, somente podem ser utilizadas e armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado; Vinculadas à análise de risco de crédito; Não relacionadas a pessoas que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica; Não relacionadas ao exercício regular do direito do cadastrado acessar gratuitamente suas informações (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019).

Logo, ao mesmo tempo em que a LC nº 166/2019 proíbe expressamente a utilização de dados de pessoas que não tenha relação de parentesco de primeiro grau para composição de nota e pontuação, o diploma legal se revela omissivo quanto à utilização de informações de indivíduos que se configurem parentes de primeiro grau. Dessa forma, conclui-se que as informações referentes aos pais poderão influenciar o *score* dos filhos e vice e versa. Outra característica que não pode ser utilizada diz respeito às informações que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e ética, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas (BRASIL, 2019b).

Observa-se que o legislador procurou adotar princípios norteadores das regulamentações pertinentes à proteção de dados pessoais ao redigir as respectivas proibições na LC nº 166/2019. Restringiu o escopo de dados a serem coletados, com destaque para dados considerados sensíveis, como convicções religiosas e políticas e orientação sexual, devido ao potencial discriminatório deles (BRASIL, 2019b).

No que diz respeito aos prazos de armazenamento das informações, uma nova lógica foi estabelecida pelo Decreto nº 9.936/ 2019 que regulamenta novas regras do cadastro positivo. O regulamento dispõe que as informações de adimplemento prestadas pelas fontes compreenderão, no mínimo, o período de doze meses anteriores à data de prestação da informação. Sendo que, para finalidade exclusiva de auditoria, o gestor de banco de dados manterá em arquivo os dados, as autorizações concedidas, os pedidos de cancelamento e a reabertura de cadastro, exclusão, revogação e correção de anotação, pelo prazo mínimo de quinze anos, contado da data do cancelamento do cadastro (BRASIL, 2019a).

Diferentemente do disposto no artigo 43, §1º do CDC, que estabeleceu prazo de cinco anos para armazenamento das informações negativas, as regras do cadastro positivo buscam corrigir a assimetria informacional gerada no decorrer dos últimos anos, invertendo a lógica que favoreceu por tanto tempo a insolvência contumaz nas relações de consumo.

Determinados segmentos da sociedade, em especial aqueles que não possuem comprovação de renda oficial (autônomos), poderão ser inseridos no mercado de crédito. Suas análises serão baseadas no histórico de pagamentos, de maneira a oferecer maior segurança aos agentes de crédito no momento da concessão dele. Descreve Antonio José Maristrello Porto:

Por exemplo, uma comparação nos Estados Unidos entre o acesso a empréstimos sem garantia real entre a década de 1970 (na qual houve uma reforma no sistema de cadastro do histórico de crédito dos consumidores) e 2001, constatou um crescimento de quase 70% e 30% para os dois quintos com menor renda da sociedade,

respectivamente, frente a um crescimento de aproximadamente 10% para os três quintos com maior nível de renda (PORTO, 2009, p. 80).

Nesse mesmo sentido, destaca que o fenômeno da informação assimétrica é especialmente importante no mercado de crédito. A natureza dos contratos de crédito, que envolvem uma promessa de pagamento futuro, torna a identificação do perfil e das intenções de um potencial devedor fatores cruciais para o cálculo da probabilidade de pagamento do empréstimo (PORTO, 2009, p. 77).

Seguindo esse raciocínio, o uso e tratamento de dados pessoais para fins específicos de análise e concessão de crédito é fundamental à respectiva atividade econômica, já que oferece uma maior garantia de crescimento sustentável ao mercado de crédito. Ocorre que as práticas abusivas de uso e monetização de bancos de dados culminaram, após um longo debate, na institucionalização de diplomas legais voltados à proteção de dados pessoais e da privacidade dos indivíduos. Algumas questões pertinentes ao uso específico de dados para proteção ao crédito necessitam de esclarecimentos.

Em se tratando de informações utilizadas e armazenadas para cálculo de score conforme as premissas do cadastro positivo essas também não podem ser excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; ou sensíveis, como já mencionadas acima.

Sendo assim, considerada a relevância do mercado de crédito para o desenvolvimento econômico e a necessidade de bancos de dados com informações consistentes para uma boa análise de crédito, o uso de dados pessoais, em especial o histórico de pagamentos, para a finalidade específica de proteção ao crédito é bastante plausível e justificável.

4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE EM REDE E A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O presente capítulo busca elencar algumas das teorias mais relevantes referentes ao multifacetado conceito de privacidade, de forma a destacar as diferenças tanto de concepção como interpretativas do respectivo conceito. Na sequência enfatiza a relevância crescente do uso de dados pessoais na sociedade em rede com isso a necessidade de proteção destes.

4.1 NASCIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE

O desenvolvimento do sentido da intimidade, conforme descreve Stefano Rodotà (2008, p. 26), está associado à desagregação da sociedade feudal. Naquele período os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana. O isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade - místicos, monges, pastores ou bandidos.

Danilo Doneda (2006, p. 125) reforça que durante a Idade Média não era possível reconhecer um sistemático anseio das pessoas pela privacidade ou pelo isolamento. Com o tempo uma mudança foi observada a partir do século XVI:

De toda forma a partir do século XVI observa-se o início de uma mudança de costumes no que concerne à vida cotidiana. A nova disposição arquitetônica das casas e das cidades, que se tornam mais propícias à separação por classes e categorias e também ao isolamento, tornaram-se regra. Começa então a se delinear a atual noção de privacidade, que só poderia se desenvolver com esta nova posição do homem diante da sociedade (DONEDA, 2006, p. 127).

A possibilidade de manter a privacidade se estendeu posteriormente a todos os que dispunham dos meios materiais que lhes permitissem reproduzir, mesmo no meio urbano, condições que satisfizessem a essa nova necessidade de intimidade. A privacidade configura-se, assim, como uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la graças as transformações trazidas pela Revolução Industrial (RODOTÀ, 2008, p. 26). Portanto, o autor descreve que o nascimento da privacidade de um ponto de vista social e institucional:

[...] não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo. Não é por acaso que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados com base naquele característico do direito burguês por excelência, a propriedade; e que

exigências análogas àquelas que a burguesia fez valer ou não foram reconhecidas em qualquer medida à classe operária ou o foram somente mais tarde, através de instrumentos jurídicos completamente diferentes (por exemplo, a tutela da privacidade nas fábricas) (RODOTÀ, 2008, p. 27).

A literatura especializada considera como marco inicial do direito à privacidade o artigo *The right to privacy*, de Samuel Warren e publicado em 1890. Seguindo essa linha evolutiva do referido direito, Danilo Doneda afirma sua consagração como direito fundamental:

Note-se que a privacidade, após a Segunda Guerra, passou a encontrar abrigo certo em várias declarações internacionais de direitos. Sua primeira menção foi em 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, vindo a seguir, no mesmo ano, sua presença na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela [Assembleia] Geral das Nações Unidas; além da Convenção [Europeia] dos Direitos do Homem, de 1950, e a convenção Americana dos Direitos do Homem, conhecida também como “Carta de San José”, de 1969 e, mais recentemente, a Carta dos Direitos Fundamentais da União [Europeia] (2000) (DONEDA, 2006, p. 09).

No artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, encontra-se explícito o conceito de privacidade: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Ao comentar a evolução do direito à privacidade, Danilo Doneda observa que ele se transformou em um “complexo problema”, que “compreende muito mais que o direito ao isolamento e a tranquilidade” (DONEDA, 2006, p 43).

Para explicar a dinâmica da privacidade, Stefano Rodotà (2008) esclarece que seu conceito está ligado à diversas funções, segundo a cultura comum à cada grupo. Um exemplo são as inspirações distintas que moveram os pais da privacidade no âmbito jurídico, Warreis e Brandeis:

O primeiro, um conservador de cunho tradicional, mostrava-se interessado somente nos privilégios da alta burguesia, encarando com ressentimento a ação da imprensa à caça de escândalos políticos e mundanos; o outro, liberal-progressista, ainda que preocupado com a privacidade das pessoas de maior projeção, enfatizava o dano que poderia derivar das indiscrições jornalísticas às minorias intelectuais e artísticas, podendo provocar o aumento da impopularidade destas. Essa duplicidade de pontos de vista pode ser percebida, para além da específica cultura jurídica americana e com características que viriam progressivamente melhor se definindo, em grande parte, dos debates de privacidade até os nossos dias (RODOTÀ, 2008, p. 28).

Sendo assim, Rodotà aponta dois objetivos para o enorme aumento da quantidade de informações pessoais coletadas por instituições públicas ou privadas: a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, por parte dos poderes

públicos, e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas; e, o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante ou aos comportamentos prevaletentes. Nesse sentido, conclui que evocar a defesa da privacidade assume diferentes significados, dependendo de qual seja o objetivo perseguido (RODOTÀ, 2008, p. 28).

Vale ressaltar que o direito à privacidade tinha seu foco central no direito à imagem ou ao isolamento. Em paralelo, na teoria jurídica, surgiram desdobramentos do clássico direito à privacidade, como o direito ao esquecimento e o direito à proteção de dados pessoais.

Acerca do direito ao esquecimento, esse se relaciona com o avanço tecnológico em combinação com a possibilidade de grandes armazenamentos de dados e com a facilidade e rapidez de busca e recuperação de informação por meio de *sites* específicos para essa finalidade. O direito à privacidade, então, passa também pelo direito a ser esquecido. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2017, p. 20) afirma que:

O direito a ser esquecido é o de não ter sua privacidade histórica devassada, a qualquer tempo, por terceiros. O passado de uma pessoa não pode ser exposto para ser objeto de diversão pública ou de curiosidade alheia. É o direito da pessoa à autodeterminação informativa, ou seja, de controlar seus dados pessoais, de decidir se fatos pretéritos alusivos à sua vida poderão ser, ou não, novamente, alvo de noticiários, comentários, filmagens que possam afetar sua vida presente ou futura. A opção entre a memória e o esquecimento é da pessoa, por isso o direito a ser esquecido é facultativo.

Em outras palavras, não se pretende, com o direito ao esquecimento, apagar o passado de qualquer pessoa. Defende-se, por sua vez, a preservação do direito à:

[...] privacidade histórica, imagem, honra, etc... criando empecilho à exploração de fato pretérito que, em razão do decurso do tempo, não tenha atualidade ou interesse público na sua nova divulgação ou obtendo permissão para obtenção de remoção de dados a ele relacionados, visto que sua republicação poderá lesar direitos da personalidade. Cabe, portanto, ao titular desse direito decidir se o fato deve, ou não, ser divulgado, desde que não haja interesse público (DINIZ, 2017, p. 20).

Acompanhando esse entendimento, a discussão sobre o direito ao esquecimento enseja em reconhecer os riscos à honra, a identidade e a imagem do indivíduo, o qual tem sua vida vinculada a um passado que não diz respeito ao público em geral.

Já com o desenrolar de uma sociedade em rede e de um ciberespaço em que diversas relações, tanto pessoais como comerciais, relevantes para as ciências jurídicas, passam a ocorrer rotineiramente, como *sites* de *e-commerce* e ou de buscas, a biometria, as técnicas de localização e de reconhecimento facial e a nanotecnologia, uma nova economia baseada em dados se desenvolveu. Stefano Rodotà retrata essa realidade:

Nos últimos anos, assistiu-se à erosão do poder sobre as próprias informações, que se converteu em uma verdadeira perda do controle sobre si mesmo, em modalidades de expropriação e fragmentação radicais e abundantes. Esse é o efeito da difusão das coletas de informações pessoais, cada vez mais amplas e especializadas, por obras de sujeitos diversos, que deslocaram o eu de cada um de nós para lugares diversificados, indeterminados, inatingíveis.

A unidade da pessoa partiu-se. Em seu lugar encontramos tantas ‘pessoas eletrônicas’, tantas pessoas criadas pelo mercado quantos são os interesses que estimulam a coleta de informações. Estamos nos tornando abstrações no cyberspace, e de novo estamos diante de um indivíduo multiplicado. Desta vez, porém, não por sua escolha, não por sua vontade de assumir identidades múltiplas, mas para reduzi-lo à medida das relações de mercado (RODOTÀ, 2008, p. 125).

Nesse sentido, amplia-se a discussão da proteção à privacidade, nascendo uma nova fronteira regulatória, a proteção de dados pessoais. Apesar de constarem no mesmo rol de direito à privacidade, o direito ao esquecimento e o direito à proteção de dados pessoais são muito diferentes. Sobretudo devido ao enfoque, pois o primeiro visa a proteção de um indivíduo em específico, enquanto o segundo sugere uma coletividade. Nesse sentido Danilo Doneda complementa:

Desta dimensão coletiva surge, enfim, a conotação contemporânea da proteção da privacidade, que se manifesta sobretudo (porém não somente) através da proteção de dados pessoais; e que deixa de dar vazão somente a um imperativo de ordem individualista, mas passa a ser a frente onde irão atuar vários interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana, fazendo com que na disciplina da privacidade passe a se definir todo um estatuto que acaba por compreender as relações da própria personalidade com o mundo exterior (DONEDA, 2006, p. 30).

A respeito da terminologia utilizada para tratar do tema privacidade, Danilo Doneda (2006, p. 101) esclarece que na doutrina brasileira, induzida por uma multiplicidade de alternativas apresentadas pela doutrina estrangeira, há uma profusão de termos utilizados como vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada e outros. Constata que a falta de uma definição âncora que consolide a semântica do termo não é um problema próprio da doutrina brasileira.

Um exemplo de Danilo Doneda (2006, p. 103) está no fato de que sob a etiqueta da privacidade se enfileiraram estruturas voltadas para garantir a ilicitude da publicação de retrato sem o consentimento do retratado, o direito de abortar e a inviolabilidade de domicílio. Acrescenta-se nesse rol de debates a crítica desferida às instituições financeiras e aos bureaus de crédito no que concerne à troca de informações para análise de crédito, como uma pretensa quebra de privacidade.

No intuito de determinar um conceito para a privacidade, Danilo Doneda (2006, p. 102) destaca que na doutrina norte-americana, apesar do vocabulário consolidado *privacy*, esse faz referência a um vasto número de situações, muitas das quais no Brasil não se relacionaria com privacidade.

Para compreender um pouco da perspectiva norte-americana, observa-se o estudo de Daniel Solove (2009, p. 171), que propõe uma taxonomia do direito à privacidade. Assim, classifica as variadas possibilidades nas quais esse direito é invocado, destacando que a forma como conceituar a privacidade é de suma importância para a era da informação. Isso devido a uma série de problemas complexos de privacidade, que causam grande perturbação a inúmeras atividades importantes e de alto valor social.

Desse modo, Daniel Solove (2009, p.172) defende que a privacidade deve ser entendida como um conjunto de proteções contra uma pluralidade de problemas distintos, mas relacionados. Explica que esses problemas não estão relacionados por um denominador comum ou elemento central, em vez disso, cada problema tem elementos em comum com os outros, mas não necessariamente o mesmo elemento. Eles compartilham semelhanças familiares uns com os outros.

Logo, considerando que o conceito de privacidade é um conceito pluralista, Daniel Solove (2009, p. 174) defende que o valor da privacidade deve ser entendido pluralisticamente também. Nesse sentido, explica que a dinâmica da privacidade não tem um valor uniforme. Esse varia conforme cada contexto, dependendo de qual for a forma de privacidade envolvida. Na concepção do autor o valor da privacidade deve ser entendido conforme sua contribuição para a sociedade.

Ou seja, muitas interpretações compreendem o Direito à privacidade como um direito individual, por vezes conflitantes com os interesses da sociedade. Em muitos debates surgem argumentos em que a privacidade deve ser protegida como uma luta individual que supera interesses concorrentes, sendo que, na perspectiva de Solove, se a privacidade protege o indivíduo, isso se dá por interesse da sociedade (SOLOVE, 2009, p. 174).

A racionalidade de Daniel Solove na compreensão do direito à privacidade é bastante profícua. Este entende que o centro da análise de um determinado problema, em especial, nas situações que giram em torno de um interesse individual devem considerar qual a contribuição para a sociedade, sendo assim, quando o direito à privacidade protege um indivíduo isso ocorre porque é do interesse da sociedade.

Em contrapartida, Danilo Doneda (2006, p. 139) observa que definir e limitar a privacidade é um exercício ligado aos valores e projeções do homem em cada sociedade e,

dentro de cada uma, dos diversos grupos, essa tarefa reflete um forte conteúdo social e ideológico. Também não é mero exercício acadêmico, conforme narra o autor:

É necessidade real, fruto do estrondoso incremento no fluxo de informações nos últimos anos. De fato, hoje nos preocupamos não com as notícias indiscretas sobre festas familiares que o jornal de nossa cidade publique, porém com as informações que uma empresa de assistência médica mantém, em um banco de dados em Hong Kong, sobre nossas informações genéticas e alimentares, por exemplo. Nestas circunstâncias, os efeitos das violações da privacidade ganham dimensões tais que acabam por aumentar a necessidade de se criar um eixo em torno do qual estruturar esta proteção. É essa necessidade que cria a atual tendência em harmonizar o tratamento da privacidade em diversos países (DONEDA, 2006, p. 139).

Porém, diferentemente do teórico norte-americano, Danilo Doneda (2006) utiliza-se de autores italianos como Messineti e Rodotà para fundamentar uma outra perspectiva, eminentemente latina, de como descrever a privacidade. Destaca que o reconhecimento dessa como sendo um valor seria uma distorção que a aproximaria do elemento individualista-possessivo de suas origens, apresentando uma outra conotação para o conceito:

A privacidade assume, então um caráter relacional, que deve determinar o nível de relação da própria personalidade com as outras pessoas e com o mundo exterior-pela qual a pessoa determina sua inserção e de exposição. Este processo tem como resultado o fortalecimento de uma esfera privada do indivíduo [...] (DONEDA, 2006, p. 146).

Na perspectiva dos autores latinos, o interesse real de tutela orbita em torno da dignidade da pessoa humana. Nessa ótica o Direito à privacidade seria uma forma de tutela da pessoa, antes que um valor em si (DONEDA, 2006, p. 146).

Como vantagem dessa perspectiva, no que diz respeito à tutela da informação, está o fato dela poder ser utilizada igualmente em situações nas quais a privacidade esteja no âmago do problema, bem como em outras nas quais a privacidade seja um aspecto secundário. Inserida tanto em situações patrimoniais como não-patrimoniais, Danilo Doneda considera que essa perspectiva aumenta o espectro de efetividade da tutela (DONEDA, 2006, p. 147).

Enquanto isso, para o italiano Stefano Rodotà (2008, p. 128) o mundo de hoje nos impõe dois paradoxos:

O primeiro deles decorre do fato de que a ampliação da tutela da esfera privada dos sujeitos cujas informações são coletadas, graças à atribuição a eles de poderes diretos de controle, determinou uma maior transparência da esfera dos coletores de informações, sejam aparatos públicos ou organizações privadas. As regras sobre a privacidade, concebidas para assegurar opacidade e segredo à esfera individual, tornam-se o meio para transparência social mais acentuada.

Um segundo paradoxo nasce da tutela especial, em termos de sigilo, atribuída a informações relativas às opiniões políticas ou sindicais, consideradas partes do ‘núcleo duro’ da privacidade.

O autor considera que informações como opiniões políticas ou sindicais deveriam ser tratadas da esfera pública, formando a convicção de indivíduos e determinando sua identidade pública. Porém, a proteção dessas informações decorre de potencial inclinação para serem usadas para fins discriminatórios. Com esse fato altera-se a função sociopolítica da privacidade, projetando-se além da esfera privada e tornando-se um constitutivo da cidadania (RODOTÀ, 2008). Seguindo essa lógica, Stefano Rodotà elenca que a privacidade:

Impõe-se como direito fundamental;
Especifica-se como direito à autodeterminação informativa e, mais precisamente, como direito à determinar as modalidades de construção da esfera privada na sua totalidade;
Apresenta-se, por fim, como precondição da cidadania na era eletrônica e, como tal, não pode ser confiada unicamente à lógica da auto-regulamentação ou das regulamentações contratuais (RODOTÀ, 2008, p. 129).

A abordagem descrita ilustra a perspectiva dos teóricos latinos de influência, sobretudo, do *civil law* e do direito romano, em que o pano de fundo da tutela da privacidade está na proteção do indivíduo e, conseqüentemente, de suas informações. Diferente dos teóricos anglo-saxões, como Daniel Solove, em que o pano de fundo da tutela encontra-se na transparência das transações, privilegiando o interesse da sociedade em detrimento da tutela individual.

O avanço tecnológico e digital trouxe para o centro do debate sobre o direito à privacidade a informação, com destaque para os dados pessoais e as formas de proteção. Marcel Leonardi (2012, p. 42) assevera que a internet e outras tecnologias de informação podem não ter, ainda, acabado com a privacidade; no entanto, elas redefiniram o que o termo significa.

Muitos críticos do cenário apresentado pelo ciberespaço, como Bruno Bioni e Stéfano Rodotà, evocam na literatura universal a obra de George Orwell, publicada em 1948, denominada de 1984. Nela o autor descreve uma sociedade futurista de total vigilância, em que o governo controla seus cidadãos em uma verdadeira ditadura da informação. O fato é que a problemática, no que diz respeito à regulação do ciberespaço e às relações comerciais envolvendo a proteção de fluxos de dados pessoais, tanto *online* como *offline*, ganhou força, tornando-se exigência de interesse mundial. Seria um receio coletivo de que a ficção orwelliana estaria perto de tornar-se realidade?

Em suma, a crescente evolução das regras referentes à proteção de dados pessoais não se limita a aspectos jurídicos, mas envolve tecnologia da informação e gestão e conformidade de processos (*compliance*). Exige uma governança de proteção de dados e a implementação das boas práticas de *compliance* e segurança da informação.

Em tal cenário, uma abordagem bastante pertinente para se compreender a privacidade é a descrita por Helen Nissenbaum em sua obra *Privacy in Context*. Seu referencial teórico propõe uma abordagem contextual da questão da privacidade. Ao explicar a perspectiva de Nissenbaum, Bruno Bioni descreve que essa propõe que o trânsito de informações pessoais tem um valor social, guiado por considerações políticas e morais, que é o que determina ser ele (in)apropriado (BIONI, 2019, p. 211).

Nesse sentido, Helen Nissenbaum (2010, p. 2) constata que quase todos os que adotaram o assunto de privacidade em relação à tecnologia da informação a declararam problemática. Refere-se não apenas a perguntas e desacordos sobre seu valor, benefícios e malefícios, mas a sua complexidade e abundância conceitual, sendo que muitos embarcaram num caminho traiçoeiro de definir a privacidade.

Helen Nissenbaum (2010, p. 2) também defende que inúmeros livros, artigos e comentários pedem reformas políticas para reforçar as defesas contra a erosão da privacidade devido ao crescente número de práticas de sistemas baseados em tecnologia. Muitos defendem que o significado de proteger a privacidade está em limitar estritamente o acesso as informações pessoais ou em garantir o direito das pessoas de controlar informações sobre si, justificativas que ela discorda.

Explica que a real preocupação das pessoas não está em restringir o fluxo de informações, mas em garantir que elas fluam de maneira adequada. Dessa forma, a autora apresenta sua proposta de fluxo adequado, através da estrutura de integridade contextual (NISSEMBAUM, 2010, p. 2).

Para melhor explicar a racionalidade de Helen Nissenbaum, Bruno Bioni assevera:

Nessa nova equação normativa, o consentimento não está presente, *a priori*. A sua fórmula é composta da seguinte maneira: contexto + integridade = normas informacionais.

É o produto (normas informacionais) dos citados elementos (contexto e integridade) dessa equação que deve governar o trânsito dos dados. Invertendo-se a ordem os fatores, mas não do seu resultado: as normas informacionais restringem os fluxos dos dados, verificando-se a sua integridade de acordo como o contexto em que eles estão inseridos (BIONI, 2019, p. 212).

Nessa perspectiva, Helen Nissenbaum constrói uma metodologia de análise da privacidade considerando cada contexto, juntamente com os aspectos políticos, morais e sociais. Mudando, assim, o foco de abordagem comumente voltado para o controle e as restrições ao uso e tratamento dos dados pessoais.

Com isso, Bruno Bioni (2019, p. 212) esclarece que referida autora considera que os indivíduos se desenvolvem de acordo com suas esferas sociais, partindo assim da premissa de que o fluxo de informações pessoais cumpre um valor social e político.

Acrescentam-se, nessa linha de pensamento, também os aspectos econômicos envolvidos no fluxo informacional. Desse modo, ao transportar essa perspectiva para as negociações realizadas no mercado de crédito, tema desta análise, observa-se que o fluxo informacional é inerente à relação cliente-instituição financeira. Tal perspectiva será útil para a continuidade deste estudo.

4.2 PRINCÍPIOS E TEORIAS INERENTES À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Nesse tópico pretende-se descrever os caminhos percorridos até que o direito à proteção de dados pessoais atingisse o relevante *status* de demanda regulatória hoje verificada. Além disso, procurar-se-á traçar os preceitos e as diretrizes gerais, comumente adotados por regras dessa natureza, com ênfase na trajetória de amadurecimento da regulamentação europeia até a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu (GDPR⁶).

4.2.1 A Crescente Relevância do Direito à Proteção de Dados Pessoais na Sociedade em Rede

A construção de um denso arcabouço legal envolvendo a proteção de dados pessoais não ocorreu de um dia para o outro. Foram necessários longos anos, diversos debates e documentos anteriores que forjaram as diretrizes para o cenário de hoje. De uma miscelânea de interpretações acerca do conceito de privacidade, independente das diferenças de culturas jurídicas, convergiram o aparecimento de leis específicas para a proteção de dados pessoais, consequência de um processo de transformação digital que envolve o espaço regulatório e impacta sobremaneira o mercado como um todo. Nesse sentido, Bruno Bioni esclarece:

⁶ A sigla em português para indicar o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu é RGPD, porém, para este estudo optou-se por utilizar a sigla em inglês GDPR

A demanda regulatória subjacente à proteção de dados pessoais surge, basicamente, com a formação do Estado Moderno. Após a segunda guerra mundial, a máquina administrativa percebe que as informações pessoais dos seus cidadãos são úteis para planejar e coordenar as suas ações para um crescimento ordenado.

A tecnologia foi o que viabilizou essa nova faceta do Estado, especialmente a ciência computacional que revolucionou quantitativa e qualitativamente a capacidade de processamento de tais informações [...]. É, justamente, nesse contexto, que alguns países começaram a cogitar a criação de bancos de dados unificados (*National Data Centers*), enxergando-os como parte do ferramental necessário para a expansão orgânica da população (BIONI, 2019, p. 113).

Ao descrever o cenário anterior ao advento das primeiras regras específicas de proteção de dados pessoais, Stefano Rodotà (2008, p. 43) relata:

Pode-se tentar definir, sinteticamente, o conjunto das transformações que mudaram profundamente o cenário que está diante de nós. A difusão das possibilidades e das modalidades de tratamento das informações, antes do mais. Há trinta anos, quando se estava no auge das discussões sobre os riscos para a privacidade e se avançavam as primeiras hipóteses legislativas sobre a proteção das informações pessoais, fazia-se referência a uma realidade tecnológica na qual os computadores que então estavam em operação, em cujo funcionamento se inspirava a leitura do problema da época, catastrófica ou não, equivaliam em sua potência de cálculo aos atuais computadores pessoais.[...] De qualquer forma é certo que se tornaram inutilizáveis as definições legislativas concebidas com vistas a sistemas informáticos construídos em torno dos grandes computadores (*mainframes*).

Devido à rápida evolução tecnológica, com certa frequência, observou-se a obsolescência do arcabouço legal pertinente à matéria, em conjunto com o crescente fluxo de utilização desses dados. Diante desses fatos, fez-se premente um tratamento diferenciado, exigindo das ciências jurídicas, e de seus operadores, uma sofisticação na elaboração de leis e regulamentos, com o intuito de amparar os anseios da sociedade e estabelecer um equilíbrio no uso de dados pessoais.

Nesse diapasão, Thiago Luis Santos Sombra (2019, p. 156) comenta que um ponto comum entre os diversos instrumentos regulatórios sobre proteção de dados envolve a sua delimitação conceitual, isto é, toda e qualquer informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável.

Já Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda (2018) em um relato acerca das características da lei geral de proteção de dados brasileira, ressaltaram a mudança de paradigma introduzida por regras dessa natureza:

Esta é uma experiência que vem se mostrando exitosa em diversos outros países, introduzindo o paradigma do controle – pelo qual se garante ao cidadão o controle sobre seus dados, inclusive para que os divulgue e use, em oposição ao paradigma do segredo e do sigilo.

A ideia é a de que, com o empoderamento do cidadão e com a institucionalização de

mecanismos de controle e supervisão sobre o uso de seus dados, o cidadão passe a ser protagonista das decisões sobre o uso de seus dados, em linha com o conceito de autodeterminação informativa, consagrada em decisão histórica da Corte Constitucional alemã, e agora também positivado como princípio na LGPD (MENDES; DONEDA, 2018b, p. 22).

Ocorre que para chegar em um nível maduro de regras e, sobretudo, de controle um longo caminho de estudos e debates sobre o tema foi percorrido. Bruno Bioni (2019, p. 113) organiza a demanda regulatória de proteção de dados pessoais em pelo menos quatro gerações. A primeira surge após a segunda guerra mundial, quando a máquina administrativa percebeu que as informações pessoais dos cidadãos são úteis para planejar e coordenar as suas ações. Destaca ainda que a primeira geração de proteção de dados pessoais tem como marca, no período, o foco na esfera governamental e a premissa de estabelecer regras rígidas que domassem a tecnologia. Porém, o processamento de dados transcendeu a esfera governamental, aumentou a quantidade de atores e o número de bancos de dados a serem regulados-autorizados, exigindo nova estrutura normativa (BIONI, 2019, p. 113).

A respeito da finalidade da estrutura da primeira geração de leis, Stefano Rodotà explica que se tratava de:

[...] responder às preocupações sobre as violações da intimidade individual que a tecnologia dos computadores poderia determinar. Definiu-se assim uma abordagem prioritária, ou privilegiada, sobre os problemas jurídicos típicos das novas tecnologias, que continua a exercer uma influência relevante na fase atual (RODOTÀ, 2008, p. 49).

Com a transcendência da esfera governamental aumentou-se a quantidade de atores envolvidos, percebendo-se que seria inviável a estratégia regulatória anterior que incumbia ao Estado licenciar a criação e o funcionamento de todos os bancos de dados. A segunda geração de leis transfere para o próprio titular dos dados a responsabilidade de protegê-los (BIONI, 2019, p. 115).

Ainda seguindo o exame de Bruno Bioni, esse aponta a análise de Viktor Mayer Schoneberger, que considera uma decisão da corte alemã como símbolo emblemático da terceira geração e das leis de proteção de dados pessoais. Tal julgado focou na criação de deveres para quem coleta e processa dados pessoais, cuja abordagem é complementar e minimiza o protagonismo do titular das informações pessoais, destacando a emergência do consentimento como vetor central para a proteção dos dados pessoais (BIONI, 2019, p. 116). Tal sentença do *Bundesverfassungsgericht*, de 15 de dezembro de 1983, reconheceu o novo direito da à autodeterminação informativa.

Tudo ocorreu paralelamente às inúmeras transformações trazidas pela evolução de novas tecnologias, as quais geraram um fluxo frenético de dados e a necessidade de uma proteção mais incisiva, com vistas a garantir os direitos fundamentais, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Legislações envolvendo essa matéria ganharam um escopo de peso, evidenciando a reputação de empresas e governos que se adequam a esses dispositivos, semelhante ao impacto de legislações que envolvem a proteção aos direitos humanos, ao meio ambiente ou ao combate à corrupção.

4.3 *GUIDELINES*, DIRETIVA 95/46 E REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (GDPR)

Em uma análise do contexto histórico da evolução geracional de leis de proteção de dados pessoais, observa-se que ao invés da matéria ser regulada via tratados internacionais de forma uniformizada, os caminhos desse debate foram mais sinuosos e complexos. Coube a cada país ou bloco econômico a implementação de regras próprias, fato que exige dos operadores do direito um esforço maior quando há a necessidade de realizar transações jurídicas entre territórios nos quais o modelo regulatório difere.

Nesse sentido, destaca-se a atuação da OCDE, a qual emitiu documentos como o *Privacy Guidelines* em 1980 e a *Declaration on Transborder Data Flows* em 1985. Sobre tais documentos, Bruno Bioni assevera:

Tais *guidelines* estabeleciam padrões normativos para a proteção dos dados pessoais, a fim de assegurar o livre fluxo de informações entre seus países-membros. Por isso, além de haver uma parte geral conceitual sobre, por exemplo, a definição de dados pessoais, havia uma segunda parte que vinculava os seus países membros a incorporar os princípios previstos em tal documento. O resultado desejado era criar um ambiente regulatório uniforme entre os países-membros e, ante a inexistência de disparidades regulatórias, garantir o livre trânsito de informações (BIONI, 2019, p. 119).

Laura Schertel Mendes (2008) destaca como é interessante observar o quanto o ambiente virtual é propenso às violações da privacidade, de forma mais imperceptível e silenciosa que o ambiente físico. Explica, ainda, que isso acontece porque no espaço físico é possível constatar mais nitidamente o nível de privacidade disponível, enquanto no espaço virtual não se sabe quais informações estão sendo capturadas.

A necessidade da proteção de dados pessoais diante da revolução implementada pela rede mundial de computadores impôs o tema da privacidade, porém, destaca Danilo Doneda (2006), modificou seus elementos. Em outras palavras:

Esta guinada que plasmou o próprio conteúdo do termo privacidade, pode ser verificada com clareza nas construções legislativas e jurisprudenciais que afrontaram o tema nos últimos 40 anos, das quais algumas referências mais significativas são a concepção de uma *informational privacy* nos Estados Unidos, cujo “núcleo duro” é composto pelo direito de acesso a dados armazenados por órgãos públicos e também pela disciplina das instituições de proteção de crédito; assim como a autodeterminação informativa estabelecida pelo Tribunal Constitucional alemão e a Diretiva 95/46/CE da União Europeia. Com todas as suas consequências (DONEDA, 2006, p. 203).

Na Europa, leis dessa natureza começaram a surgir ainda na década de 1970, resultado de um processo de amadurecimento da Diretiva 95/46/CE. Essa, para Thiago Luis Santos Sombra (2019), consistia em uma tentativa de regime jurídico para harmonizar a livre circulação de dados pessoais e a defesa dos direitos e garantias relacionados à privacidade e proteção de dados pessoais.

Observa-se que, sendo uma diretiva, o regramento constituía-se em um conjunto de princípios gerais que, para terem aplicabilidade, deveriam ser incluídos nos ordenamentos dos países integrantes da União Europeia. O modelo europeu, conforme explicita Santos Sombra (2019, p. 121), é o que mais busca impor sua linguagem simbólica própria aos demais *stakeholders* envolvidos nos processos de regulação da proteção de dados pessoais. Pois, por meio da adequação e extraterritorialidade, procura impor seu contexto cultural e padrão a todos os atores das vilas globais. Destaca ainda:

Desde o início das preocupações das autoridades europeias com proteção e dados em meados de 1970 e após a entrada em vigor da primeira Diretiva em 95, apenas 1 % da população no continente europeu utilizava a internet, o que demonstra a pertinência da revisão do marco regulatório que resultou na entrada em vigor, em 2016, da *General Data Protection Regulation* (GDPR) (SOMBRA, 2019, p. 122).

Na evolução geracional do direito comunitário europeu, em 2018 entra em vigor o Regulamento 679/2016, revogando e substituindo a Diretiva 95/46. O regulamento, diferentemente da diretiva, passa a ter efeito imediato. Surge, assim, o Regulamento Geral Europeu de Proteção de Dados (GDPR), aprimorando a padronização das regras nos respectivos países da denominada Área Econômica Europeia (EEA), a qual compreende os 28 países da União Europeia e mais Liechtenstein, Islândia e Noruega.

O GDPR produz efeitos extraterritoriais. Conforme o artigo 27º, uma empresa sem estabelecimento na União Europeia e que processa os dados pessoais de residentes da UE, deve nomear um Representante de Proteção de Dados na União Europeia. Garante, dessa maneira,

que indivíduos e autoridades locais de proteção de dados possam ter um contato em território europeu.

Jan Philipp Albrecht (2016, p. 287) explica que o regulamento não altera apenas as leis europeias de proteção de dados, mas nada menos do que o mundo inteiro como o conhecemos. Destaca que muitas empresas decidiram colocar o cumprimento do GDPR como uma de suas principais tarefas no nível de gestão. Alteraram as suas estratégias para se tornarem líderes no que diz respeito aos produtos e serviços amigáveis à proteção de dados. As multas previstas no regulamento em virtude da inadequação a ele são significativas e podem chegar a 4% do faturamento global da empresa.

Nesse sentido, Jan Albrecht (2016, p. 287) destaca que a privacidade, a segurança e a proteção de dados feitas na Europa tornam-se uma marca em evolução e servem como um padrão de ouro global para cada nova inovação, para confiança do consumidor em tecnologias digitais e para um ponto de entrada para as oportunidades de crescimento de um mercado digital emergente. O autor comenta ainda que:

O Conselho e os tribunais terão a tarefa de ajustar a aplicação do GDPR técnico, neutro e orientado a princípios a cada novo desenvolvimento em atividades de tecnologia, mercados e processamento. Com essa nova estrutura, o Regulamento Geral de Proteção de Dados servirá como um modelo para outras áreas de política em que as consequências da globalização e digitalização exigem uma nova abordagem regulatória, a fim de proteger efetivamente valores e padrões. Está mostrando à União Europeia uma saída para sua atual paralisia, pois mostra que é possível alcançar uma ação comum por meio de um processo democrático com base em altos padrões de direitos dos cidadãos e dos consumidores, além de um mercado único competitivo e inovador (Tradução Nossa) (ALBRECHT, 2016).

Em uma perspectiva crítica ao regulamento europeu, Thiago Luis Sombra (2019, p. 122) expõe que desde a entrada em vigor do *Foreign Corruption Practice Act* (FCPA) o mundo não conhecia uma lei com efeitos extraterritoriais tão amplos, descrevendo que o GDPR:

Tanto quanto objetiva assegurar a proteção de direitos dos usuários da internet estabelecidos na União Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia também revela uma subjacente disputa comercial entre Estados Unidos, Ásia e EU pelo fluxo de dados e comércio eletrônico mundial, que se expressa por meio do requisito de adequação e da aplicabilidade extraterritorial (SOMBRA, 2019, p. 122).

Contudo, optou-se por uma análise focada no GDPR já que, além de sua relevância mundial, influenciou diretamente o legislador brasileiro na construção na Lei nº 13.709 de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, de modo que ambas as normas possuem características e conceitos semelhantes.

Nesse sentido, a GDPR tem por finalidade expressa proteger os dados pessoais de pessoas físicas quando processados. Seu papel não é impedir a circulação e o tratamento de dados pessoais, mas sim reger e proteger os direitos e liberdades das pessoas naturais visando a garantia de direitos, em especial, da privacidade. Em uma perspectiva de gestão administrativa e de governança corporativa, o GDPR estabelece uma dinâmica em que empresas e instituições devem se adequar para se colocarem em conformidade (*compliance*) com o regulamento.

A norma estabelece expressamente no artigo 09 a obrigatoriedade do *Data Protector Officer* (DPO), responsável pela gestão e cumprimento das obrigações legais referentes à proteção de dados pessoais. Já no artigo 39, o GDPR regulamenta o *Data Protection Impact Assessment* (DPIA), uma avaliação de impacto das operações de tratamento sobre proteção de dados pessoais.

O DPIA configurou-se em um aperfeiçoamento do PIA (*Privacy Impact Assessment*), que era previsto na antiga Diretiva, introduzindo novos métodos e exigências para elaboração do relatório de impacto. Por exemplo, a necessidade de descrever sistematicamente as operações de tratamento e uso, inclusive os respectivos interesses legítimos do responsável. Ainda, a inclusão de uma avaliação da necessidade e proporcionalidade das operações de tratamento em relação aos seus objetivos e de uma avaliação de riscos para direitos e liberdades dos cidadãos (UNIÃO EUROPEIA, 2016, Art. 35).

Do ponto de vista jurídico, o regulamento é permeado por princípios e bases legais relevantes para a compreensão de como aplicar corretamente a proteção de dados pessoais nas atividades empresariais como um todo. Acerca dos princípios aplicáveis à proteção de dados pessoais, Stefano Rodotà adverte que, após reflexão do primeiro período de planejamento e aplicação de leis sobre o tratamento eletrônico de informações, com frequência observou-se a obsolescência das soluções jurídicas que se referem a um único dado isolado ou a um problema, apontando a necessidade de estabelecer princípios norteadores como tendências de longo prazo (RODOTÀ, 2008, p. 42).

Dessa maneira, dois princípios universais a serem observados nas legislações pertinentes à matéria, descritos expressamente no GDPR no artigo 25, são os denominados *privacy by design* e o *privacy by default*. O primeiro estabelece que a proteção de dados pessoais deve ser considerada desde a concepção de um produto ou atividade econômica e o segundo significa privacidade por padrão. Eles fundem-se no GDPR, no mesmo contexto legal em que se encontra o princípio da finalidade, prestigiado na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, que será analisada posteriormente.

O *privacy by default* consiste no fato de que produtos e serviços, quando disponibilizados para consumo, devem vir com as configurações máximas de privacidade como padrão. Cabe aos usuários autorizarem acessos para coletas de dados quando considerarem pertinente. Ainda acerca do artigo 25 da GDPR, destaca-se que é complementado pelo descrito no considerando 78. Esse, por sua vez, estabelece a necessidade de medidas adequadas ao tratamento de dados:

A defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais exige a adoção de medidas técnicas e organizativas, um fim de segurança ou cumprimento dos requisitos do presente regulamento. Para comprovar a conformidade com o presente regulamento, o responsável pelo tratamento adotar orientações internas e aplicar medidas que respeitem, em especial, os princípios de proteção de dados desde a concepção e proteção de dados por defeito. Essas medidas podem incluir uma minimização do tratamento de dados pessoais, uma pseudonimização de dados pessoais ou o mais cedo possível, uma transparência que não toca nas funções e no tratamento de dados pessoais, uma possibilidade de titular de dados controlar o tratamento de dados e a possibilidade de responsável pelo tratamento criar e melhorar medidas de segurança (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Nota-se no primeiro trecho do considerando orientações muito claras quanto à adoção de princípios de proteção de dados pessoais desde a concepção, sendo nítido nos trechos subsequentes o desestímulo às práticas em que a proteção de dados seja desrespeitada:

Nenhum contexto de desenvolvimento, concepção, seleção e uso de aplicativos, serviços e produtos que, com base em tratamento de dados pessoais ou recorridos, é um tratamento para executar como suas funções, continua a estimular os fabricantes de produtos, serviços e aplicações a ter em conta o direito de proteção de dados quando seu desenvolvimento e concepção não é respeitado pelas técnicas mais avançadas, garante que os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes são permitidos em condições de execução como aquelas em questão de proteção de dados. Os princípios de proteção de dados desde a concepção e, por defeito (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

A aplicação do *privacy by design*, bem como do *privacy by default*, se dá diretamente na arquitetura de rede. Bruno Bioni exemplifica ferramentas como a criptografia, para assegurar a confidencialidade das comunicações, e a anonimização dos dados, que quebra, ou pelo menos dificulta, o vínculo de identificação entre um dado e o sujeito ao qual está atrelado. Além desses, cita os mecanismos de navegação autônoma que impedem o rastreamento do usuário. Conclui que, nesses exemplos, a arquitetura dos sistemas de informação é instrumento hábil para proteger os dados pessoais dos cidadãos (BIONI, 2019, p. 177).

Ainda sobre arquitetura de rede, Santos Sombra (2019, p. 202) ensina que ela se tornou o foco de atuação dos modelos regulatórios que outrora a ignoravam ou acreditaram que podiam controlá-la de fora. Portanto, no atual cenário, cada vez mais a arquitetura é considerada para a

regulação do ciberespaço, mesmo quando fruto da atuação eminentemente estatal. Logo, Sombra destaca que o *privacy by design* e o *privacy by default*:

[...] é uma forma de regular a privacidade por dentro, ou seja, por meio da disposição de camadas na arquitetura da rede que garantam o possível controle e autonomia do titular dos dados. Além a integração de sistemas, o PbD exige a implementação de requisitos funcionais que garantam o controle e autodeterminação informativa aos titulares dos dados. Embora seja uma diretriz principiológica, muito se sustenta que o PbD seria uma forma de, pela autorregulação(sic), amenizar as contramedidas da regulação estatal, visto que se o consentimento tem as suas limitações para atingir determinadas hipóteses de tratamento de dados pessoais, também o teria o PbD em razão da pouca experiência e habilidade dos titulares dos dados com determinados dispositivos (SOMBRA, 2019, p. 205).

O GDPR expressamente elenca os princípios adotados no artigo 5, respectivamente:

a) licitude, lealdade e transparência de forma a garantir informações claras e adequadas ao tratamento; b) finalidade, a qual deve ser legítima, específica e de conhecimento do titular; c) minimização dos dados, adequado à finalidade e expectativas do titular, não excessivos, sendo o mínimo necessário para os fins desejados; d) exatidão, referente à qualidade, clareza e atualização dos dados; e) limitação da conservação, estabelecendo prazos para o armazenamento dentro do necessário à finalidade de tratamento; e, f) integridade e confidencialidade, de forma a garantir a segurança através de medidas de proteção (anonimização, criptografia) proporcionais contra acessos não autorizados, como também dirimir os riscos de violação.

Desses princípios ressalta-se, sobretudo, o da transparência. Enquanto os projetos de criação de produtos e serviços, no que diz respeito à coleta, ao armazenamento e tratamento de dados pessoais, devem adotar o *privacy by design* e *by default*. O princípio da transparência deve permear e guiar todas as ações.

Para Thiago Luis Santos Sombra a transparência é o fundamento ontológico do direito de acesso, despontando como base para outros direitos, tais como o direito de retificação, o direito de exclusão, o direito de revisão de decisões automatizadas e o direito de portabilidade (SOMBRA, 2019, p. 174). O autor ensina, ainda, que:

Outro desdobramento da transparência e do direito de acesso envolve a forma como a informação deve ser prestada. A rigor, os pedidos dos titulares devem ser atendidos em prazo razoável em sem atrasos desmedidos, por meio de canal de fácil comunicação, em linguagem clara, precisa, concisa e objetiva (SOMBRA, 2019, p. 174).

A garantia de que as informações sejam de fácil acesso ao titular e à autoridade nacional elevam a segurança como uma prioridade, e a transparência e o direito de acesso como um aspecto fundamental no GDPR, previstas expressamente no artigo 12 e com destaque para o disposto no considerando 58:

O princípio da transparência exige que qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados seja concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples, e que se recorra, adicionalmente, à visualização sempre que for adequado. Essas informações poderão ser fornecidas por via eletrônica, por exemplo num sítio *web*, quando se destinarem ao público. Isto é especialmente relevante em situações em que a proliferação de operadores e a complexidade tecnológica das práticas tornam difícil que o titular dos dados saiba e compreenda se, por quem e para que fins os seus dados pessoais estão a ser recolhidos, como no caso da publicidade por via eletrônica. Uma vez que as crianças merecem proteção específica, sempre que o tratamento lhes seja dirigido, qualquer informação e comunicação deverá estar redigida numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O respectivo considerando destaca com exemplos a forma como deve ser facilitado o acesso à informação ao público e ao titular dos dados e, em especial, descreve que no caso de crianças a linguagem utilizada também deve ser elaborada de forma adequada. Demonstra uma abordagem detalhista e preocupada do legislador europeu em garantir a transparência no tratamento de dados pessoais. A transparência prevalece como uma característica central das normas relativas à proteção de dados pessoais, convertendo-se no denominado núcleo duro de grande parte das legislações.

Quanto às bases legais aceitas pelo GDPR, destacam seis: o consentimento, a existência de uma relação contratual, uma obrigação legal, interesses vitais, interesses públicos e o legítimo interesse. Nessas hipóteses são permitidos o armazenamento e o processamento de dados pessoais de usuários (SOMBRA 2019, p. 124).

Para fins didáticos, optou-se por estudar o consentimento e o legítimo interesse tanto na perspectiva teórica como no regulamento europeu, considerando a maior complexidade e as potenciais controvérsias que versam no debate de ambos.

O papel do consentimento nos regramentos de proteção de dados pessoais é bastante significativo. Bruno Bioni (2019, p. 117) destaca que o progresso geracional normativo da proteção de dados pessoais assinala, destarte, um percurso no qual o consentimento emerge, é questionado e se reafirma como sendo seu vetor central.

Em seus estudos, Bioni constrói uma ampla análise do consentimento, elevando-o como o protagonista das estratégias regulatórias para proteção de dados pessoais. Entretanto, critica a denominada falácia do consentimento, devido à ausência de uma tomada regulatória

que disponibilize formas efetivas ao cidadão para autodeterminar as suas informações pessoais. Desse modo, ataca a contratualização da autodeterminação informacional, as denominadas políticas de privacidade, as quais se tornaram mecanismos ineficientes para capacitar o cidadão a controlar seus dados pessoais (BIONI, 2019, p. 271). Constrói assim uma linha de pensamento em que privilegia um conceito de privacidade contextual que reside:

[...] justamente na fidelidade depositada pelo emissor de uma informação ao(s) seu(s) recipiente(s), na legítima expectativa de que seus dados pessoais serão usados e compartilhados de acordo com o contexto de uma relação preestabelecida ou a razão pela qual foi publicizado um dado; particularmente, na esperança de que o trânsito das suas informações pessoais não minará e trairá a sua capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e de participação social (BIONI, 2019, p. 247).

Bruno Bioni (2019) constata que além do consentimento específico (autodeterminação informacional), a ausência de consentimento não equivale à ausência de controle. O cidadão também exerce domínio sobre seus dados se esses forem tratados de acordo com a sua legítima expectativa e dentro do princípio de boa-fé.

No âmbito do GDPR os requisitos para um consentimento válido são definidos no art. 7, combinado com o considerando 32 que descreve requisitos básicos para um consentimento válido do titular dos dados. Esse pode ser dado usando um ato positivo que indica uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca. Ou, o titular de dados consente no tratamento de dados que lhe digam respeito como, por exemplo, ao usar uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral.

O consentimento, conforme o mesmo considerando, também pode ser dado validando uma opção para visitar um *website* na Internet, utilizando-se os métodos técnicos para os serviços da sociedade de informação, usando outra declaração ou conduta que indica claramente o contexto em que o tratamento de dados pessoais é aceito (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Para o legislador europeu, o consentimento deve ser dado livremente, ser específico e informado. Nesse sentido, o titular dos dados deve ser notificado a respeito do tipo de dados que serão processados, como serão tratados e o objetivo do tratamento. Também deve ser informado acerca do direito de retirar o consentimento. Além disso, esse deve ser inequívoco, o que exige uma ação ou uma declaração expressa, mesmo que em formato eletrônico, não sendo aceito o consentimento de forma implícita. Logo, para se obter o consentimento dado livremente, ele deve ser dado de forma voluntária, respeitando a escolha do titular que possui o direito de retirá-lo

Outra base legal prevista no regulamento europeu é o denominado legítimo interesse. Na análise de Bruno Bioni (2019, p. 249) o legítimo interesse é considerado historicamente

como a mais flexível das bases legais para o tratamento de dados no regime do direito comunitário europeu. O autor comenta, ainda, que o legítimo interesse ganhou relevância diante da emergência de tecnologias no contexto de uma economia baseada no uso de dados. Assim como o consentimento no início do progresso geracional das leis de proteção de dados pessoais, o legítimo interesse ganhou *status* de uma nova ‘carta coringa regulatória’ para abraçar uma miríade de possíveis usos de dados.

Descrevendo o contexto de inclusão no GDPR, Bruno Bioni (2019, p. 249) explica que ao prever o legítimo interesse, a antiga diretiva europeia de proteção de dados não detalhava os critérios para sua aplicação. Diferentemente do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais-GDPR, que se vale de uma técnica normativa mais prescritiva e com eficácia imediata por todo bloco econômico europeu.

Criou-se uma conjuntura um tanto negativa durante a vigência da diretiva, tal em razão de dois fatores elencados por Bruno Bioni (2019, p. 249): a) a ausência de uma aplicação harmônica e consistente da base legal; e, b) o risco de o âmbito de aplicação das outras bases legais serem esvaziados, considerando o fato do legítimo interesse ser menos restritivo do que as demais bases legais.

Portanto, Bruno Bioni (2019, p. 250) destaca a busca do legislador europeu em estabilizar a aplicação do legítimo interesse, assegurando previsibilidade à aplicação dessa base legal. Descreve assim o contexto:

Nessa conjuntura, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 acabou por formular uma opinião sobre o legítimo interesse que, ao estabelecer critérios para a sua aplicação, tinha por objetivos: a) trazer previsibilidade e segurança jurídica na aplicação dessa base legal em todo bloco econômico europeu; e b) evitar que o legítimo interesse fosse uma ‘porta aberta’ para contornar os direitos e princípios da diretiva, em especial as outras bases legais para o tratamento de dados.

O achado mais importante desse documento é a elaboração de um teste ‘multifatorial’ a ser considerado pelos reguladores e pelos próprios agentes da cadeia de processamento de dados (os controladores), respectivamente, ao interpretarem e se valerem dessa base legal.

O novo regulamento europeu de proteção de dados pessoais/GDPR bebeu diretamente dessa fonte. As consideradas 47 e 50 internalizaram todo o vocabulário prescrito na referida opinião sobre o legítimo interesse. Basta uma simples leitura entre esses documentos para tal diagnóstico (BIONI, 2019, p. 250).

Em suma, vale citar, no âmbito do GDPR, o disposto no considerando 47. Esse esclarece situações de processamento de dados pessoais em que o legítimo interesse pode ser invocado. Dessas, destacam-se: situações em que há relacionamento relevante entre titular dos dados e controlador e, inclusive, a prevenção a fraudes. Dispõe, ainda, que:

Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os responsáveis por quem os dados pessoais podem ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um motivo jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, usando em conta como expectativas razoáveis dos titulares dos dados identificados na relação com o responsável. Pode ter um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está sob serviço responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidadosa, especialmente a questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, nenhum momento e contexto em que os dados pessoais são coletados, que podem vir a ser usados com essa utilização. Os interesses e os direitos fundamentais dos titulares dos dados podem, em particular, sobre o interesse do responsável pelo tratamento, quando os dados pessoais são considerados legais nos casos em que os titulares já não são tratados como tratamento adicional. Dado que incumbe ao legislador prever lei ou procedimento jurídico para autorizar como autoridades a proceder ao tratamento de dados pessoais, esse assunto jurídico não será aplicável aos procedimentos causados por autoridades públicas na execução das suas atribuições. O tratamento de dados pessoais estritamente necessários para os objetivos de prevenção e controle de fraudes são considerados um interesse legítimo responsável pelo seu tratamento (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Thiago Luis Sombra (2019, p. 180) define o interesse legítimo como a ampliação da participação que um controlador pode ter no processamento de dados pessoais ou um benefício que o controlador pode obter do processamento. De tal maneira, explica:

Trata-se de uma ferramenta destinada a viabilizar determinadas operações de tratamento conduzidas pelo controlador a partir de uma relação intrínseca com suas atividades. Os principais exemplos do uso do interesse legítimo são o marketing direto, as mensagens não comerciais (ex. eleitorais e de caridade), whistleblowing, monitoramento de funcionários para fins de segurança, prevenção à fraude e uso indevido de serviços (SOMBRA, 2019, p. 180).

Para Thiago Luis Sombra (2019) o legítimo interesse é uma base legal de natureza aberta, despertando uma série de controvérsias a respeito de seu âmbito de aplicação. Porém, considera que isso não significa que o legítimo interesse seja uma opção vista como último recurso, ou quando as demais bases legais não são aplicáveis.

Acerca das limitações ao tratamento com base no legítimo interesse, a GDPR expressamente impõe como prevaletentes a respectiva base legal, os interesses e direitos ou liberdades fundamentais do titular, especialmente se for criança (artigo 6, alínea f). Ao mesmo tempo, destaca que a mesma alínea não se aplica ao tratamento de dados efetuados pela autoridade pública na prossecução das suas atribuições por vias eletrônicas.

O consentimento e o legítimo interesse nem sempre apresentam os elementos necessários para justificar a coleta e tratamento de dados pessoais. Todavia, promovem os debates mais fascinantes, controversos e, por vezes, extenuantes sobre o tema.

Enquanto isso, outras bases legais como execução de contrato, obrigação legal, interesses vitais e públicos ganharam seu espaço da dinâmica e nas metodologias de conformidade de forma mais harmônica.

Relembrando a análise do processo geracional de normas e diretrizes sobre o assunto, Jan Philipp Albrecht (2016, p. 287) esclarece que a alteração de uma diretiva para um regulamento, por si só, foi uma mudança revolucionária. Ao invés dos Estados-Membros terem de transpor todas as disposições para o direito nacional, com amplo poder discricionário, como acontecia com a diretiva 95/46/CE, agora o GDPR regula quase todas as questões diretamente e só deixa poderes de especificação excepcionais e limitados para os Estados-Membros.

O autor também explica ser natural que o GDPR não exponha todas as possibilidades de atividades específicas de processamento de dados no setor público, para as quais o direito nacional - como é o caso hoje - prevê base jurídica em outras leis, além de leis genuínas de proteção de dados (ALBRECHT, 2016).

Para tanto, o artigo 23 do GDPR apresenta um rol de limitações, que podem ocorrer por vias legislativas da União ou dos Estados-Membros, para as respectivas obrigações decorrentes dos direitos previstos nos artigos 12 a 22 (artigos inclusos no capítulo III, pertinente aos direitos do titular dos dados), no artigo 34 (referente à forma de comunicação de violação ao titular dos dados), bem como no artigo 5 (referente aos princípios). Tais limitações devem respeitar a essência dos direitos e liberdades fundamentais, de maneira que constituem uma medida necessária e proporcional numa sociedade democrática. Visam assegurar, designadamente:

- a) A segurança do Estado;
- b) A defesa;
- c) A segurança pública;
- d) A prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, ou a execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública;
- e) Outros objetivos importantes do interesse público geral da União ou de um Estado-Membro, nomeadamente um interesse económico ou financeiro importante da União ou de um Estado-Membro, incluindo nos domínios monetário, orçamental ou fiscal, da saúde pública e da segurança social;
- f) A defesa da independência judiciária e dos processos judiciais;
- g) A prevenção, investigação, deteção e repressão de violações da deontologia de profissões regulamentadas;
- h) Uma missão de controlo, de inspeção ou de regulamentação associada, ainda que ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública, nos casos referidos nas alíneas a) a e) e g);
- i) A defesa do titular dos dados ou dos direitos e liberdades de outrem;
- j) A execução de ações cíveis (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Do rol apresentado destaca-se a alínea “e”, que abrange o interesse econômico e financeiro, incluindo os domínios monetários, como um objetivo importante para o Estado. É, assim, uma das possíveis justificativas para a elaboração de leis específicas que possam flexibilizar as obrigações pertinentes à coleta e tratamento de dados pessoais no âmbito do sistema financeiro europeu e em específico, do mercado de crédito.

5 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO E O MERCADO DE CRÉDITO

Este capítulo tem a pretensão de descrever o processo de construção do referencial teórico e dos dispositivos legais referentes à proteção de dados pessoais no direito brasileiro. Comenta-se desde leis setoriais já existentes até o surgimento da Lei nº 13.709 de 2018 (LGPD).

Isso para, em um segundo momento, analisar a aplicação desses dispositivos no mercado de crédito, em especial, nos cálculos de score de crédito, na análise e concessão de crédito, procurando harmonizar tais ferramentas e práticas com os fundamentos e princípios de proteção de dados pessoais, superando as supostas controvérsias.

5.1 DAS LEIS SETORIAIS À LEI 13.709/2018 - LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)

No Direito brasileiro é possível identificar princípios relativos ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais no rol do próprio artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mais precisamente, nos incisos XXXIII e XXXIV (BRASIL, 1988). Não obstante a proteção constitucional, no Brasil o Código Civil de 2002 dispõe no capítulo 2, dos arts. 11 a 21, acerca da proteção dos direitos da personalidade.

A respeito do direito a proteção de dados pessoais como um direito da personalidade no direito brasileiro, Bruno Bioni comenta:

Os direitos da personalidade são uma ‘noção inacabada’ que deve ser ‘cultivada’, especialmente frente ao abordado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante desta categoria jurídica para nela enquadrar a proteção de dados pessoais. Nesse sentido, os direitos da personalidade não se limitam àquelas situações previstas no CC, sendo o seu rol *numerus apertus* (rol aberto). Eles não se exaurem naquelas espécies enumeradas nos arts. 11 a 21 do CC, o que abre caminho para o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um *novo direito da personalidade* (grifo do autor) (BIONI, 2019, p. 59-60).

O caminho percorrido desde a primeira consulta pública, promovida pelo Ministério da Justiça em 2010, até a promulgação da Lei nº 13.709 de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, e alterações trazidas pela Lei nº 13.853 de 2019, durou mais de oito anos. Resultou em um diploma legal abrangente, elevando o regramento brasileiro a padrões mais aceitos internacionalmente.

A elaboração do texto legal coube, especialmente, aos juristas Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes que, ao comentar o Projeto de Lei nº 5.276/2016, que deu origem à LGPD, ressaltam:

O projeto visa concretizar o direito fundamental à privacidade e proteção de dados pessoais, indispensável para o exercício da cidadania, da autodeterminação informativa e da proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade contemporânea, caracterizada pelo uso cada vez mais intenso de informações por entes públicos e privados (DONEDA; MENDES, 2018a, p. 36).

Com a promulgação da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (LGPD), o Brasil foi incluído em um rol de mais de 100 países que já possuem normativos dessa natureza, entre eles, a Argentina, Chile e Uruguai.

Anteriormente à LGPD, no entanto, algumas leis setoriais já regulavam de forma esparsa o uso e tratamento de dados pessoais em território nacional. Destacam-se nesse rol o Código de Defesa do Consumidor, em especial os arts. 43 e 44, a nova lei do cadastro positivo, a Lei Complementar nº 166/2019, a Lei nº 12.965/2014, denominada de marco civil da internet (MCI), que sofreu algumas alterações pela LGPD e, no âmbito do sistema financeiro, a Lei Complementar nº 105/2001, a lei do sigilo bancário.

Em relação ao disposto no art. 43 do CDC, ao disciplinar os cadastros de consumo o legislador elencou direitos básicos do consumidor: comunicação e armazenamento, acesso e retificação. De tal modo, o dispositivo prestigiou princípios consagrados na teoria da proteção aos dados pessoais, dos quais destaca-se o da transparência.

Ao comentar o art. 43 do CDC, Bruno Bioni (2019, p. 127) assegura a amplitude desse regramento, constatando que a racionalidade do legislador foi alcançar todo e qualquer banco de dados que atinja o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor.

A respeito do direito de comunicação, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2001, p. 405) assevera que a determinação legal visa garantir o exercício de dois outros direitos básicos assegurados pelo CDC: o direito de acesso aos dados recolhidos e o direito à retificação das informações incorretas. Quanto ao direito de acesso, comenta:

Na esteira da obrigação do arquivista de comunicar a existência do assento e preambular a outro direito- o de retificação-, ao consumidor é assegurado acesso as informações arquivadas, quaisquer que sejam elas ('dados pessoais e de consumo') e qualquer que seja o local onde se encontrem armazenadas ('cadastros, fichas, registros e dados'). É indiferente sejam os dados arquivados pelo próprio fornecedor (nos termos do conceito do art. 3º) ou, diferentemente, por entidade prestadora de serviço a terceiros, como Serviços de Proteção ao Crédito-SPCs, SERASA e congêneres. Em outras palavras, a *raison d'être* da lei brasileira, é pois, conferir ao consumidor acesso amplo e irrestrito às informações a seu respeito, estejam elas onde estiverem:

em organismos privados ou públicos, em cadastros internos das empresas ou em bancos de dados prestador de serviços a terceiros (BENJAMIN, 2001, p. 414).

Bruno Bioni observa que Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin propôs uma interpretação extensiva do dispositivo em análise e complementa:

Tais direitos (acesso, retificação e cancelamento) e princípios (transparência, qualidade(exatidão) e limitação temporal) gravitam em torno da figura do consumidor, para que ele, na condição de titular dos dados pessoais, exerça controle sobre suas informações pessoais. Em suma, o Código de Defesa do Consumidor buscou conferir a autodeterminação informacional, o que perpassa desde regras para garantir a exatidão dos dados até limitações temporais para seu armazenamento (BIONI, 2019, p. 128).

O foco nos direitos do titular dos dados e as regras de limitação temporal de armazenamento, por sua vez, geraram efeitos econômico-comportamentais de relevante impacto no mercado de crédito, já descritos no capítulo 2 e que novamente serão abordados em um tópico a seguir.

Quanto ao art. 44 do CDC (BRASIL, 1990), esse se refere a disciplinar os cadastros de órgãos de defesa do consumidor e seus dispositivos estão mais voltados a bancos de dados de órgãos públicos que atuem na defesa do consumidor, como agências do PROCON e Banco Central, por exemplo.

Na sequência, coloca-se em perspectiva A Lei n ° 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet. Esse enumera como um de seus princípios norteadores, entre outros, a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (art. 3º). Tal lei já apresentava importantes disposições quanto à responsabilização pelos conteúdos publicados na rede mundial de computadores, a Internet, estabelecendo garantias, direitos e deveres para seu uso (BRASIL, 2014)

A LGPD, por meio de seu art. 60, promoveu alterações expressas no MCI, respectivamente no art. 7º, referente ao rol de direitos assegurados aos usuários, e no art. 16. Nesse a LGPD estabeleceu a expressa vedação à guarda de dados excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado o consentimento.

Já a Lei Complementar nº 105/2001, comumente denominada Lei do Sigilo Bancário, é uma das normas mais relevantes a que se sujeitam as instituições financeiras no Brasil. Ela se aplica tanto às informações de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas, diferente da LGPD que protege dados apenas de pessoas físicas. Regulamenta, ainda, como devem ser feitas as trocas de informações entre instituições financeiras, estabelecendo assim o denominado SCR (Sistema de Informações de Crédito do Banco Central). Define, expressamente, o rol de

situações em que a troca de informações não constitui violação ao sigilo bancário (BRASIL, 2001).

Com a renovação das regras do cadastro positivo, instituídas na forma da Lei Complementar nº 166/2019, permitiu-se, sem desrespeito à hierarquia das normas, alterar a Lei Complementar nº 105/2001. Dessa maneira, foi incluído no rol de situações de não violação ao sigilo bancário o fornecimento de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito aos gestores de bancos de dados (art. 1º, § 3º, inciso VII) (BRASIL, 2019b). Tal alteração foi necessária, considerando que, a partir do novo regramento do denominado cadastro positivo, a inclusão dos consumidores passou a ser compulsória, assegurado o direito de exclusão.

Nesse sentido, a inovação legislativa trazida pela Lei Complementar nº 166/2019 harmoniza as regras referentes à troca de informações entre instituições financeiras e bureaus de crédito no país.

Finalmente, em se tratando da LGPD, sua promulgação em 2018 estabeleceu novos conceitos, parâmetros e metodologias a serem observados na coleta, tratamento e no uso de dados pessoais. Sua entrada em vigor está prevista apenas para agosto de 2020. O período de vacância vem sendo marcado por uma sequência de projetos de lei que visam as mais diversas alterações, entre elas a postergação da entrada em vigor definitiva. Contudo, pode-se considerar que a proteção de dados pessoais foi aprimorada no Brasil, cabendo aos pesquisadores, juristas e operadores do direito interpretar as novas regras, de modo a traçar os melhores caminhos para sua aplicação.

5.2 LEI N° 13.709 DE 2018, LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) BRASILEIRA

A LGPD buscou congregiar uma série de princípios, conceitos e teses, evidenciando, como pano de fundo, uma estratégia legislativa voltada para a garantia de diversos fundamentos jurídicos previstos no art. 2°. A esse respeito, Ana Frazão considera:

Como se pode observar, além da privacidade e dos direitos dos consumidores, são mencionados expressamente, entre outros, a autodeterminação informativa, os direitos humanos, o livre-desenvolvimento da personalidade, a cidadania e a dignidade. Dessa maneira, fica claro que o objetivo da LGPD é o de conferir uma ampla proteção ao cidadão e às situações existenciais mais importantes que são afetadas pelo tratamento de dados [...] (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019, p. 102).

O escopo principal da lei, conforme definido no art. 3°, está em regular o tratamento de dados pessoais. É aplicável a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa física ou jurídica, independentemente do meio (*online* ou *offline*), do país em que esteja sediado a empresa de armazenamento ou do país em que os dados estejam localizados. Desde que a coleta ou tratamento tenham ocorrido em território nacional (art. 3°, I e III), ou ainda, se a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou fornecimento de bens ou serviços, ou os titulares dos dados tratados estejam localizados em território nacional (art. 3°, II).

Observa-se, ao analisar a abrangência do referido artigo, um aspecto interessante referente à territorialidade. Ao considerar a coleta ou o tratamento de dados em território nacional, não são feitas ressalvas quanto aos dados pessoais de estrangeiros, logo, entende-se que esses também estão sob a proteção da lei, desde que cumpridos os requisitos acima mencionados.

Também é relevante considerar que a entrada em vigor de uma lei geral de proteção e dados no Brasil não visa impedir o uso e tratamento de dados, mas sim regular e estabelecer a forma como os dados capturados podem ser utilizados. Para que um dado seja considerado pessoal, Thiago Luis Santos Sombra (2019, p. 157) explica que não é necessário que a informação seja verdadeira ou passível de ser provada, porque o direito de retificação, exclusão e atualização dos dados pessoais servirá exatamente para tutelar as situações nas quais as informações sejam imprecisas ou falsas.

Ainda, no que diz respeito à temática dos dados pessoais, Bruno Bioni (2019, p. 68) esclarece que não seria qualquer dado que teria repercussão jurídica, e sim somente aquele que atraísse o qualificador pessoal. Nesse sentido, o vocabulário para prescrever tal definição é

composto por palavras que restringem ou alargam o gargalo dessa proteção, portanto, existe uma bipartição do seu léxico que ora retrai (reducionista), ora expande (expansionista), a moldura normativa de uma lei de proteção de dados pessoais. O conceito adotado pela LGPD, dentro desse ponto de vista, foi o conceito expansionista, sendo definido no art. 5º, inciso I, dado pessoal como informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

Ressalta, também, que a intelecção do conceito de dado pessoal e das estratégias regulatórias possíveis para sua definição é algo fluido, que pode ser esclarecido a partir da dinâmica de conceitos básicos de sistemas de informação e de banco de dados (BIONI, 2019, p. 69).

Nessa linha de raciocínio a LGPD, didaticamente, no artigo 5º elenca outras categorias relevantes para sua aplicabilidade prática, como por exemplo:

[...] IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo; XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional; [...] (BRASIL, 2018).

Os conceitos acima descritos compõem o ecossistema da proteção de dados pessoais, de maneira que são elementos fundamentais para a efetiva aplicação da lei e respectiva conformidade a ela. Sendo que, em uma perspectiva de *accountability*, a LGPD prevê ações administrativas importantes para adequação as suas regras, como por exemplo a elaboração do relatório de impacto.

Ainda na esteira do art. 5º da LGPD, vale destacar os incisos em que outras espécies de dados pessoais são definidas:

[...] II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;[...] (BRASIL, 2018).

Dados referentes à saúde e à genética carregam razões óbvias para serem classificados em categoria especial de dados sensíveis. Já informações como convicções religiosas, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso ou filosófico, em uma primeira análise, são aspectos da vida pública do cidadão.

Por sua vez, Stefano Rodotà (2008, p. 129) aponta a tutela especial conferida às informações listadas acima como um paradoxo em matéria de privacidade, já que esse tipo de opinião não deveria ser confinado na esfera privada. Todavia, a proteção especial deriva dos riscos de elas serem usadas para fins discriminatórios. Isso implica em mudanças das razões da tutela, a finalidade não é mais o sigilo de um bem em si mesmo, mas fazer frente a possíveis discriminações.

Bruno Bioni (2019, p. 85) acrescenta que dados sensíveis são uma espécie de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão de seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade: a discriminação.

Quanto aos dados anonimizados, esses se revelam em importante categoria para uma efetiva conformidade dos bancos de dados com a LGPD. Consistem, nos dizeres de Thiago Luis Santos Sombra (2019, p. 170), naqueles pertinentes a um titular não passível de ser identificado pelo controlador ou por qualquer outra pessoa, tendo em conta todos os meios e tempo razoavelmente necessários.

Adverte, ainda, que para se chegar à anonimização a premissa base é a de que os dados pessoais tenham sido coletados e tratados, até então, em conformidade com a legislação aplicável para essa categoria. Logo, se o processo inicial for viciado, o controlador não se exime de responsabilidade pelo período em que os dados eram passíveis de serem associados a uma pessoa identificada ou identificável (SOMBRA, 2019, p. 171).

Quanto às práticas de tratamento de dados pessoais, deverão observar, além da boa-fé, os princípios expressamente previstos no artigo 6º da LGPD:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, 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;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (BRASIL, 2018).

A respeito dos princípios elencados na LGPD, nota-se a consagração de temas que já vinham sendo observados em legislações e documentos anteriores, como por exemplo o próprio CDC brasileiro, as *Guidelines* da OCDE, o *Fair Credit Report Act* (FCRA) norte-americano e o GDPR europeu. Mendes e Bioni, ao comentarem o artigo 6º da LGPD, comparando-o com o GDPR, destacam:

Também o legislador brasileiro optou por estabelecer uma série de princípios no texto da lei, que, na sua topografia, constam do art. 6º. Este recurso se deve, entre outros fatores, à necessidade de estabelecer as principais balizas para as suas normas, que são, em essência, normas abertas e cuja interpretação deverá ser concretizada no ato de aplicação da Lei.

A LGPD prevê todos os princípios presentes no Regulamento europeu e estabelece ainda outros três: segurança, prevenção e não discriminação. O princípio da boa-fé mereceu destaque no texto legal ao constar do próprio caput do art. 6º, e, embora dialogue com o princípio da lealdade do RGPD, tem o diferencial de remeter a toda uma tradição do direito civil germânico, que permite o controle de situações subjetivas a partir de parâmetros legais objetivos (MENDES; BIONI, 2019, p. 7).

Seguir tais princípios é fundamental, sobretudo, para assegurar a titularidade dos direitos e garantias constitucionais, tais como o direito à privacidade, liberdade e intimidade (art. 17). Além disso, são direitos dos titulares dos dados expressamente descritos na LGPD (art. 18 e 19):

- a) confirmação da existência do tratamento (mediante requisição);
- b) acesso aos dados;
- c) correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
- d) anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei;

e) portabilidade de dados a outro fornecedor de serviços ou produtos;

f) eliminação dos dados pessoais tratados sem o consentimento do titular (exceto nas hipóteses de conservação previstas no art 16: para cumprimento de obrigação legal, estudos por órgãos de pesquisas (garantida a anonimização), transferência a terceiros, desde que respeitado os requisitos e uso exclusivo do controlador, vedados acesso a terceiros e desde que anonimizados),

g) revogação do consentimento, entre outros.

Também o art. 20 carrega consigo os princípios do denominado direito a explicação, e a possibilidade de revisão de decisões automatizadas. A respeito desses conceitos assevera Renato Leite Monteiro:

[...] O primeiro, o direito à explicação, diz respeito ao direito de receber informações suficientes e inteligíveis que permite ao titular dos dados entender a lógica e os critérios utilizados para tratar seus dados pessoais para uma ou várias finalidades. Já o segundo, denominado direito à revisão de decisões automatizadas, compreende o direito do titular de requisitar a revisão, por um humano, de uma decisão totalmente automatizada que possa ter impacto nos seus interesses, principalmente os relacionados à definição do seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. [...] (MONTEIRO, 2018, p. 4).

Vale ressaltar que o art. 20 sofreu mudança no texto final da Lei nº 13.709 de 2018. O texto original garantia ao titular dos dados a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado por pessoa natural, porém, a expressão “por pessoa natural” foi suprimida do texto, enquanto as situações passíveis de revisão foram preservadas. São elas: as que afetam os interesses do titular dos dados, incluídas as decisões destinadas a definir seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade (BRASIL, 2018).

Os parágrafos subsequentes determinam que as informações fornecidas pelo controlador deverão ser claras e adequadas a respeito de critérios e procedimentos utilizados, resguardado o segredo comercial e industrial. Por exemplo, em situações relativas ao tratamento de dados pessoais para o estabelecimento de perfil de crédito, será presumível que uma potencial requisição de revisão poderá encerrar-se prejudicada, considerando que as análises de crédito e os cálculos de *score*, hoje em dia, se realizam através de softwares específicos, protegidos pelas regras de propriedade intelectual e, em muitos casos, por segredo comercial e industrial. Todavia, o segundo parágrafo, do mesmo artigo, prevê celeumas dessa natureza e autoriza a autoridade nacional a realizar auditorias para verificar aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais (BRASIL, 2018).

Viviane Maldonado (2019, p. 242) comenta que por meio da Medida Provisória 869/2018 a redação do art. 20 foi alterada, excluindo a exigência de revisão por parte da pessoa natural. Explica que a revisão de tais decisões não será necessariamente realizada por pessoa física, então os controladores poderão determinar a revisão humana, mas não haverá obrigatoriedade nesse sentido. Portanto, a revisão de uma decisão automatizada tanto poderá ser realizada por pessoa natural como por um outro algoritmo.

Observando ainda o disposto no art. 20 da LGPD, Maldonado (2019, p. 242) conclui:

Na hipótese de que o controlador não ofereça as informações solicitadas sob o argumento de que se impõe a observância do segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios do tratamento, na forma do que dispõe o § 2º.
Tal previsão legal é de todo conveniente, na medida em que visa a impedir a recusa genericamente sustentada como segredo comercial e industrial, privando o titular de dados de conhecer os específicos critérios referentes a própria definição de perfis e decisões que dela decorrem.

Uma eventual contradição poderia ser aventada em primeiro plano na análise do dispositivo. Ele resguarda o segredo comercial e industrial para, no parágrafo seguinte, elencar a possibilidade de auditoria. Por sua vez, uma interpretação mais detalhada demonstra que a lei prevê a auditoria para apurar aspectos discriminatórios e estabelece uma justificativa específica. Nesse sentido, observa-se, na perspectiva teórica do legislador, a preocupação em preservar os direitos fundamentais e a autodeterminação informacional, características protetivas típicas da cultura jurídica latino-americana. No entanto, cabe considerar que segredo comercial e industrial se configuram em estratégias negociais, normalmente asseguradas por contratos de confidencialidade com os operadores dos respectivos softwares, nesse caso.

Presume-se que uma auditoria para apuração de aspectos discriminatórios teria seu enfoque nos critérios de análise utilizados de forma restrita, especialmente voltando-se para espécies de dados pessoais tratados. Identificando, por exemplo, se foram utilizados dados sensíveis como opinião religiosa ou opção sexual, auditando o processo em si, não necessariamente o código fonte do programa precisaria ser revelado. Renato Leite Monteiro (2018, p. 15) destaca que, a definição de limites das informações que devem ser repassadas para o titular dos dados e quais devem permanecer sobre segredo será papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, da doutrina jurídica e da jurisprudência.

Sendo assim, caberá à futura Autoridade Nacional estabelecer critérios, procedimentos e princípios a serem observados sempre que uma auditoria for requisitada.

Ainda no que diz respeito ao estabelecimento de perfis de crédito, importa considerar que cada empresa possui sua política de crédito, algumas mais conservadoras outras mais arrojadas, a qual também influenciará diretamente o estabelecimento dos respectivos perfis. Logo a definição de perfil de crédito como também de um score de crédito pressupõe um mosaico de dados que reunidos construirão uma informação conforme um padrão estabelecido.

Outro aspecto a se considerar em se tratando de revisão de perfis de crédito, é que por se tratar de negócio bilateral a concessão de crédito só poderá ocorrer havendo acordo entre credor e devedor. Portanto, em que pese a discordância do proponente quanto aos critérios utilizados que redundaram em possível recusa a concessão de crédito, não cabe a nenhuma autoridade seja a ANPD ou o próprio poder judiciário impor ao credor a obrigatoriedade em conceder o crédito.

Considerando, ainda, que o recorte deste estudo se volta para o tratamento de dados pessoais para análise de crédito, discorrer-se-á a respeito da possibilidade de existirem aspectos discriminatórios na análise e concessão de crédito, como também nos cálculos de *score*, em tópico específico.

5.3 A PROTEÇÃO AO CRÉDITO COMO BASE LEGAL PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E SUAS CONTROVÉRSIAS

Um aspecto interessante em relação ao GDPR, quando comparado à LGPD, é que enquanto o primeiro institui seis bases legais, o segundo elenca dez bases legais como hipóteses que permitem a coleta e o tratamento de dados pessoais. Sendo assim, além do consentimento, do legítimo interesse, da obrigação legal, da execução de contrato, proteção de interesses vitais do titular ou de terceiros e o interesse público, a LGPD também expressa a possibilidade do tratamento de dados pessoais ocorrer nas seguintes hipóteses: a) realização de estudos por órgão de pesquisas; b) exercício regular em processo judicial/administrativo/arbitral; c) para a tutela da saúde e sanitários; e, d) a proteção ao crédito.

No âmbito do sistema financeiro como um todo, por se tratar de um ambiente amplamente regulado, tanto a obrigação legal como a execução de contrato justificam muitas das situações de tratamento de dados pessoais., como, por exemplo, para a prevenção de fraudes e a lavagem de dinheiro, na cessão de crédito ou nos contratos em que a instituição financeira figura como parte, nas propostas de contrato de cartão de crédito, conta corrente, câmbios e aplicações em investimentos.

Já ações de oferta de produtos e serviços financeiros justificar-se-ão possivelmente pelo legítimo interesse, considerando as características do negócio e seus objetivos sempre voltados à oferta de produtos e serviços.

Ademais, neste estudo será dada maior ênfase à hipótese prevista no art. 7º, inciso X da LGPD, que consiste na proteção ao crédito. Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda colocam que a Lei reconhece a previsão do art. 7º, inciso X, como uma hipótese autônoma. Assim, descrevem o seguinte:

Aqui, acena-se diretamente à tradição já estabelecida na legislação brasileira de prever especificamente regras para a proteção de dados no setor de crédito, notadamente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.414/2011 (LGL\2011\1883) (conhecida como Lei do Cadastro Positivo). Considerando a natureza da atividade e da legislação pertinente, o dispositivo acena a uma leitura sistemática da LGPD juntamente com a legislação referente à proteção do crédito, cujas especificidades integram o regime que irá balizar o tratamento de dados no setor. Assim, elementos específicos como a inserção automática em cadastros de negativação (de acordo com o CDC (LGL\1990\40)) ou as regras previstas nos cadastros de adimplemento na Lei do Cadastro Positivo, específicas para o setor de crédito, continuarão a ser aplicadas e serão complementadas pelo conjunto de princípios e direitos da LGPD, fortalecendo a unidade sistêmica e ampliando as garantias do titular dos dados nessas situações para além das previsões setoriais (MENDES; DONEDA, 2018a p. 3).

A proteção ao crédito como base legal não consta expressamente no GDPR, sendo que situações dessa natureza no ambiente regulatório europeu podem ser justificadas pelo legítimo interesse, ou, em uma segunda ótica interpretativa, a proteção ao crédito pode ser encontrada implícita no contexto previsto no art. 23 do GDPR. Esse apresenta as restrições aos direitos dos titulares. Elenca, assim, as circunstâncias em que o alcance das obrigações e dos direitos podem ser restringidas por medidas legislativas, dentre as quais destacam-se situações de importante interesse econômico-financeiro da União ou de um Estado-Membro. Nessa perspectiva, as medidas e políticas públicas de proteção ao crédito estariam amparadas na legislação europeia quando consideradas como situações de importante interesse econômico e financeiro.

Salienta-se que a coleta e o tratamento de dados, para o fim específico de proteção ao crédito, têm por objetivo considerar aspectos que ensejam as características de um bom pagador, de um superendividado ou de um devedor contumaz. Isso permite uma análise tanto da capacidade de pagamento como da probabilidade de inadimplência do indivíduo, de forma a mitigar os riscos da concessão de crédito aos quais o credor se sujeita.

Um outro fator relevante para o tratamento de dados pessoais com a finalidade específica de proteção ao crédito é a prevenção a fraudes. Nesse sentido José Pereira da Silva comenta:

Consultas às agências de informações (Serasa e Equifax, por exemplo) e aos SPC's (Serviços de Proteção ao Crédito) completam as informações para decisão de crédito. Alguns autores admitem que a fraude é motivada pela ganância e leva o fraudador a buscar oportunidade para tirar proveito diante da fragilidade dos sistemas de controle ou da boa-fé de partes envolvidas no processo. A fraude não estaria associada à pobreza ou à necessidade, mas sim, ao caráter do indivíduo. Isoladamente, também a idade não discrimina o fraudador (SILVA, 2008, p. 360).

Sobre prevenção a fraudes, em uma perspectiva econômica da privacidade, Richard Posner⁷ (2010, p. 274) a define como a restrição ou ocultação de informação, sobretudo as informações pessoais, sendo a privacidade um dos conceitos chave de uma economia informacional. O autor sugere que grande parte das informações pessoais sobre os outros é uma forma de defesa pessoal. Compara o comportamento das pessoas em suas vidas privadas (busca por emprego, cônjuges e amigos) como tão racional como fazem as empresas e os consumidores (POSNER, 2010, p. 280). Nesse sentido, considera:

Tais constatações pesam a favor do argumento de que as pessoas devem ter liberdade para fazer suas próprias ponderações sobre os fatos desonrosos que os outros tentam esconder. Essa abordagem de 'livre-mercado' sugere que as regras mais eficientes em um mercado de produtos, sejam quais forem, devem a princípio reger o mercado de trabalho e o de crédito, assim como o 'mercado' das relações puramente pessoais. Assim, de acordo com a análise econômica, a recusa em revelar determinado tipo de informação no mercado de produtos constitui fraude, tal recusa deveria ser igualmente considerada fraudulenta quando feita por alguém em busca de um emprego, um empréstimo ou uma esposa (POSNER, 2010, p. 281).

Destarte, alguns critérios fundamentais a serem considerados em tratamento de dados para a finalidade de crédito se voltam para o fornecimento de informações como renda, histórico de pagamentos, bens e patrimônio. Portanto, coletar tais informações para definição de perfis e de scores de crédito são características clássicas, inerentes à atividade creditícia.

Importa destacar que a associação do direito à privacidade com situações de informações armazenadas em bancos de dados de consumidores, conforme Danilo Doneda (2006, p. 141), passaram a ser verificadas a partir da década de 1970. A primeira lei norte-americana sobre *privacy* foi o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA). Acerca desse, Richard Posner

⁷ A obra de Richard Posner é uma referência para a compreensão de uma proposta de abordagem científica denominada Análise Econômica do Direito, do original Law and Economics, a qual busca analisar a inter-relação do Direito com a Economia permitindo uma compreensão mais profundas de fenômenos multifacetados, como a privacidade, a inadimplência e o tratamento de dados pessoais, estudados nessa análise. Para um melhor entendimento da linha de raciocínio citada indica-se a leitura de MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015 e ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

(2010, p. 356) destaca que o regramento proíbe credores de condicionar ou negar crédito com base em situações de insolvência verificadas quatorze anos antes ou em qualquer outra informação negativa relacionada a eventos ocorridos mais de sete anos antes (inclusive prisões e condenações). O FCRA teve por objetivo estabelecer princípios de justiça e respeito à privacidade nos bancos de dados de consumidores nos Estados Unidos, aparecendo justamente para regular escritórios de proteção ao crédito e cadastros de consumidores.

Rafael Zanatta e Danilo Doneda (2017) levantam uma provocação interessante quando discorrem a respeito das metodologias de *credit score* no Brasil. Propõem uma discussão a ser seriamente enfrentada a respeito do interesse público *versus* o interesse comercial. Questionam como o consumidor pode exercer o controle quanto à utilização de informações excessivas, se as empresas alegam possuir segredo industrial sobre a fórmula e o peso atribuído a cada conjunto de dados. Assim, perguntam:

Como a sociedade pode monitorar tais práticas comerciais e evitar que computadores repliquem vieses e discriminações, sejam aquelas já entranhadas na psique humana, sejam novas modalidades de discriminação tornadas possíveis pelo (mau) uso da informação pessoal hoje disponível? (ZANATTA; DONEDA, 2017).

A preocupação dos juristas brasileiros de que o tratamento de dados pessoais dos bancos de dados de consumo e as metodologias de análise de crédito, em especial as de *credit score*, possam conter critérios discriminatórios (como raça, religião e opção sexual) possivelmente ocorre por influência de regras internacionais. Essas impactaram não apenas a construção do Código de Defesa do Consumidor, mas boa parte do referencial teórico concernente à matéria no Brasil.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2001), ao comentar sobre as influências que o levaram a redigir o capítulo do CDC, pertinente aos arquivos de consumo, destaca como fonte de inspiração o direito nos Estados Unidos:

Primeiro foi útil a estrutura do *National Consumer Act*, na sua primeira versão final (*First Final Draft*), um anteprojeto de lei-modelo preparado pelo *National Consumer Law Center*. Segundo, levei em conta o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), aprovado pelo Congresso americano em 1970 e ainda em vigor, incorporado ao *Consumer Credit Protection Act*, como seu Título VI (BENJAMIN, 2001, p. 353).

Ainda sobre o FCRA, esse foi aprovado em um cenário crescente da indústria de relatórios de crédito nos Estados Unidos, sendo a primeira lei federal norte-americana a regulamentar o uso de informações pessoais por empresas privadas. No *site* do *Electronic Privacy Information Center* (EPIC), uma organização sem fins lucrativos que promove

pesquisa e ativismo em defesa da privacidade e dos direitos civis nos EUA, é possível encontrar o contexto histórico em que o FCRA foi aprovado:

A primeira grande agência de relatórios de crédito, Retail Credit Co, foi iniciada em 1899. Ao longo dos anos, o Retail Credit adquiriu CRAs menores e expandiu seus negócios para relatórios de vendas a seguradoras e empregadores. Na década de 1960, uma controvérsia significativa cercou os CRAs porque seus relatórios eram às vezes usados para negar serviços e oportunidades, e os indivíduos não tinham o direito de ver o que havia em seus arquivos.

No final da década de 1960, houve abuso no setor, incluindo requisitos de que os pesquisadores preenchessem cotas de informações negativas sobre os titulares dos dados. Para fazer isso, alguns pesquisadores fabricaram informações negativas, outros incluíram informações incompletas. Além disso, os investigadores estavam coletando informações sobre "estilo de vida" sobre os sujeitos dos dados, incluindo orientação sexual, estado civil, hábitos de consumo e limpeza. Os CRAs mantinham informações desatualizadas e, em alguns casos, forneciam o arquivo para a aplicação da lei e para pessoas não autorizadas. A exposição pública da indústria resultou em inquérito do Congresso e regulamentação federal dos CRAs.

Anos de liderança legislativa da representante Leonor Sullivan e do senador William Proxmire resultaram na aprovação da FCRA em 1970. Após sua aprovação, o senador Proxmire tentou ampliar as proteções da FCRA nos próximos dez anos. Logo que o FCRA entrou em vigor em 25 de abril de 1971, os CRAs foram perseguidos por violações de numerosas disposições da lei (Tradução nossa) (ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER, 2019).

A preocupação do legislador com a possível utilização das informações dos bureaus de crédito para fins discriminatórios tem também sua fundamentação no fato de que naquele país é comum solicitar relatórios de históricos de créditos para candidatos em vagas de emprego, sendo um dos aspectos considerados para recrutamento e seleção nas empresas.

Outra justificativa está no contexto cultural norte-americano, resultado de políticas segregacionistas (denominadas leis Jim Crow) implementadas logo após o término da guerra civil, por volta da segunda metade do século XIX. Como exemplo, a proibição de casamento inter-racial e a separação de negros e brancos em trens e ônibus, leis que perduraram até as décadas de 1950 e 1960, anteriores e muito próximas da entrada em vigor do FCRA. De tal modo, Richard Posner (2010, p. 358) pondera que leis relativas à privacidade, talvez, reflitam a pressão de algum grupo de interesse mais coeso que a comunidade inteira ou que o grupo dos altruístas em geral.

É válido reconhecer a preocupação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) ao analisar o Projeto de Lei nº 441/2017 e que deu origem à Lei Complementar nº 166/2019, estabelecendo as novas regras do cadastro positivo. O Instituto ressaltou que tratar de formação de bancos de dados em sentido estrito, no caso o mercado de construção de bases de dados de cadastro positivo, está intimamente conectado ao fenômeno de tratamento de dados pessoais. Sendo assim, não se trata somente da “formação de histórico de crédito”. O que está

em jogo é a regulação do fluxo de dados necessários à formação do histórico de crédito (IDEC, 2018).

O IDEC também destaca em seus estudos a relevância do princípio da transparência, no que diz respeito às garantias dos direitos coletivos, tratando-se da aplicação dos mecanismos do cadastro positivo:

Os direitos de transparência são o “coração” da Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/11), na perspectiva dos direitos coletivos. Tal como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, trata-se da parte mais importante da norma, da perspectiva consumerista, por justamente reconhecer os direitos básicos do cadastrado, incluindo o direito básico de acesso às informações pessoais coletadas e utilizadas para alimentar sistemas de pontuação de crédito (*credit score*) e o cadastro positivo, o direito básico de retificação de informações imprecisas ou errôneas e o direito de revisão de uma decisão tomada exclusivamente por fins automatizados (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2018).

Reforça, ainda, a necessidade dos bureaus de crédito no Brasil aprimorarem os instrumentos que permitam ao consumidor essa espécie de “painel de controle”. Destaca que da forma como é realizado hoje apenas se criam aplicações de internet com funcionalidades limitadas (a simples consulta do *score*), termos de uso obscuros e, inclusive, incidindo em práticas questionáveis (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2018).

Sem sombra de dúvida as colocações do IDEC, no que diz respeito à transparência e à necessidade de aprimoramento dos instrumentos oferecidos pelos bureaus de crédito para controle dos consumidores, em relação ao uso dos dados pessoais, são bastante pertinentes.

Porém, ao trazer para a realidade atual brasileira a discussão de que possa existir supostos vieses discriminatórios no tratamento de dados pessoais para cálculo de *score* e concessão de crédito, uma série de variáveis a se considerar são necessárias para uma compreensão mais apurada da questão.

Antes de tudo, ressalta-se uma característica relevante da LGPD disposta em seu art. 64, o qual preconiza que os direitos e princípios previstos naquele diploma legal não excluem outros previstos no ordenamento pátrio. Destaca-se, assim, a adoção da teoria do diálogo das fontes. Nesse sentido, asseveram Mendes e Doneda (2018a) que é fundamental consolidar-se uma interpretação sistemática da LGPD com os demais diplomas normativos que dispõem sobre tratamento de dados pessoais, de forma a permitir a aplicação simultânea dos princípios e regras gerais da LGPD com as regras setoriais.

Na sequência, um fator importante a considerar nessa análise é o cenário de concorrência e competitividade cada vez mais acirrado entre os *players* do mercado, reforçado, nos últimos anos, devido, entre outros fatores, a entrada no mercado de crédito das denominadas

fintechs. Nesse ambiente, independente das políticas de concessão de crédito adotadas por cada instituição financeira, algumas mais conservadoras outras mais agressivas, o fato comum é que as estratégias de negócios, normalmente, têm seu foco na expansão da base de clientes e da carteira de crédito. Consequentemente, é de interesse negocial, inerente à própria sobrevivência dessas empresas, a concessão de crédito. Logo a dinâmica de um processo de oferta e contratação de uma operação de crédito segue a lógica do mercado. Passa pela análise de crédito, concessão e termina apenas com a liquidação da obrigação.

Outro fator relevante é a necessidade, para um bom funcionamento do mercado, de que mecanismos de análise de crédito e cálculo de *score* apresentem maior acurácia possível, no sentido de medir o risco de crédito, mitigando, principalmente, inadimplimentos de natureza contumaz. Já que essa prática danosa gera externalidades negativas significantes no mercado de crédito brasileiro, configura-se em fator nocivo do ponto de vista macroeconômico, pois prejudica indicadores relevantes para a economia.

Sendo assim, a evolução das metodologias de análise de crédito, paralela à evolução das tecnologias digitais, migrou as análises de crédito de métodos tradicionais baseados nas premissas do C's do crédito e em técnicas em que a concessão passava, sobretudo, pelo crivo de especialistas, para técnicas automatizadas de modelagem de crédito, utilizando-se de *big data* e inteligência artificial/*machine learning*. Análises de crédito com qualidade mais apurada permitem índices de perda esperada menores para respectivas linhas de crédito e geram externalidades positivas. Influenciam, sobretudo, o estabelecimento de taxas de juros e, também, um maior controle do risco de crédito.

Além disso, prevenir o aumento da inadimplência ganha importância no contexto brasileiro devido aos aspectos culturais já elencados no capítulo 2. Soma-se a isso a estrutura de nossos institutos jurídicos e instituições, destacando-se a pouca eficácia e onerosidade do Poder Judiciário no que diz respeito às ações de recuperação de crédito e de execução de garantia, também descritos anteriormente.

Um outro ponto a observar está no fato de que enquanto a proteção de dados pessoais configura-se em uma extensão do direito à privacidade, sendo elevado ao *status* de direito fundamental, o que justifica o apreço a esse tema por estudiosos, juristas e instituições que atuam na defesa dos interesses da coletividade, a concessão de crédito se configura em um negócio jurídico bilateral e não em um direito garantido constitucionalmente, o qual poderia ser passível de violação ou até mesmo de discriminação.

Em contrapartida, a ordem econômica, preconizada no artigo 170 da Constituição Federal, também se eleva à condição de preceito constitucional, e o funcionamento adequado e

equilibrado do mercado de crédito é fator relevante para a garantia desse preceito. Nesse sentido, a finalidade de uma análise de crédito não está em expor, coagir ou discriminar um indivíduo, mas sim calibrar os riscos envolvidos. Não obstante, a tese de que o tratamento de dados para perfil de crédito possa ensejar vieses de discriminação e, sobretudo, violação de direitos fundamentais no contexto do mercado de crédito brasileiro, esvazia-se de fundamentação lógica. A não ser que ocorram desvios quanto à finalidade de coleta e tratamento dos dados pessoais, nessa situação a LGPD oferecerá os instrumentos necessários para punir os abusos e as ilegalidades. Como advertem Danilo Doneda e Laura Mendes:

A utilização legítima e responsável dos dados pessoais proporciona ao cidadão a confiança necessária para compartilhá-los sempre que julgar cabível, bem como garante aos agentes de tratamento segurança jurídica para que possa utilizá-los de forma transparente em seus modelos de negócio. Para que se alcance tal finalidade, desenvolveu-se um sistema de normas para proteção de dados, que envolve o estabelecimento de uma série de procedimentos, princípios e direitos que limitam o processamento de dados pessoais ao mesmo tempo que empoderam o cidadão para controlar o fluxo de seus dados. Nesse sentido, a sanção da LGPD foi, certamente, um enorme avanço no marco normativo brasileiro (DONEDA; MENDES, 2018a, p.7).

Vale considerar que o art. 7º da LGPD, ao contemplar em seu inciso X a proteção ao crédito como uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais, resguardou o disposto em legislação pertinente. Pode-se observar, na interpretação do texto legal, que a terminologia “legislação pertinente” se refere a todo arcabouço legal no qual as instituições financeiras já deveriam se adequar, com destaque para a Lei Complementar nº 105/2001 e a nova Lei Complementar nº 166/2019. Quanto à LC 105/2001, ao regulamentar o sigilo bancário, como já observado anteriormente, determinou a troca de informações entre instituições financeiras através do sistema SCR do BACEN.

Outra suposta controvérsia gerada devido a entrada em vigor das novas regras de compartilhamento de históricos de pagamentos implementadas pela LC nº 166/2019, concomitante ao advento da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), está no fato de um possível abuso do direito à privacidade do titular dos dados compartilhados para fins de estabelecimento de histórico de crédito. A esse respeito é importante frisar que a LC nº 166/2019 prevê o direito de exclusão dos bancos de dados de consumidores, logo, em que pese a inclusão compulsória no rol de bancos de dados dessa natureza, foi garantido ao titular o direito de escolha em permanecer ou não (BRASIL, 2019b).

Diante do exposto, julga-se pertinente discorrer acerca do ponto de vista de Helen Nissenbaum, que apresenta uma abordagem contextual do direito à privacidade, aplicando-o em uma tentativa interpretativa de superar as controvérsias geradas pela LGPD e pela LC nº

166/2019. Para tanto, ressalta-se a releitura de Bruno Bioni (2019) que descreve que a professora da New York University propõe que o trânsito das informações pessoais tem um valor social, guiado por considerações políticas e morais, que é o que determina ser ele (in)apropriado. A inteligência do que venha a ser (in)apropriado decorre do contexto de cada relação subjacente na qual as informações pessoais fluem.

Ainda sobre a teoria acima proposta, Bruno Bioni (2019) destaca que ela considera que, ao partir da premissa de que o fluxo de informações pessoais cumpre um valor social e político, os indivíduos se desenvolvem de acordo com suas esferas sociais. Portanto, exemplifica:

[...] A informação que é compartilhada na relação médico-paciente, no ambiente educacional e de trabalho, na cena política e religiosa cumpre, respectivamente, um papel de inserção do seu titular em cada um desses contextos. Por exemplo, a opinião religiosa de um cidadão pouco ou nada tem a acrescentar nas suas relações de cunho profissional. Se a sua crença religiosa influenciar as suas aspirações profissionais, esse fluxo informacional será, muito provavelmente, inapropriado (BIONI, 2019, p. 213).

Utilizando-se dessa perspectiva, acrescenta-se que, se o fluxo informacional tem valor social e político, certamente terá valor econômico. A informação compartilhada entre cliente-instituição financeira/bureaus de crédito tem a função de inserir o titular dos dados naquele contexto, naquela relação negocial, sendo condição *sine qua non* para que essa se concretize.

Potenciais proibições ou limitações ao tratamento de dados para a finalidade de análise e concessão de crédito gerariam consequências desastrosas a todo sistema creditício e, conseqüentemente, a toda economia. Porquanto favoreceriam a assimetria informacional e inviabilizariam novas ofertas de linhas de crédito, em especial, para segmentos pouco favorecidos (como trabalhadores informais, por exemplo) até a promulgação do novo cadastro positivo. Por maior que seja a relevância do direito à privacidade e das regras de proteção aos dados pessoais em uma sociedade de vigilância, esses não têm o condão de dificultar as transações negociais legítimas.

A expectativa da Associação Nacional dos Bureaus de Crédito (ANBC) é que as novas regras do cadastro positivo possam oferecer para a economia o aumento do PIB em 0,54% ao ano, injeção de até R\$ 1,1 trilhão no mercado, R\$ 790 bilhões de expansão no crédito às empresas de todos os portes, R\$ 550 bilhões, ou 8,4 % do PIB, em expansão do crédito para quatro milhões de micro e pequenas empresas e que empregam a maior parcela da mão de obra de todo o país (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BUREAUS DE CRÉDITO, 2019).

A ANBC ainda estima a redução de até 45% dos índices de inadimplência, que atinge cerca de 63 milhões de brasileiros, a inserção de cerca de 22 milhões de cidadãos, ou mais de 10% da população brasileira, ao mercado de crédito e a redução das taxas de juros pelo aumento da competitividade entre os credores e pela concessão de crédito baseada em dados positivos e não negativos.

A inclusão expressa da proteção ao crédito como base legal da LGPD é uma inovação legislativa que viabiliza a operacionalização do denominado cadastro positivo de forma acertada e transparente ao titular dos dados. Desse modo, o Brasil se inclui no rol de 70 economias de mercado que utilizam políticas públicas de histórico de pagamento positivo para calibrar os riscos do mercado de crédito.

Observa-se, enfim, que os dois regramentos surgem harmonizados, de modo a não gerarem antagonismos entre si, mas sim complementariedade quando corretamente interpretados. Isso que exige um exercício de superação de crenças e padrões fechados de análise, tanto por parte de grupos de interesse de defesa dos direitos coletivos quanto por grupos que buscam defender uma perspectiva com viés de interesse mercadológico.

Nesse raciocínio, aproveita-se para acrescentar que a proteção de dados pessoais se estabelece como nova fronteira regulatória a ser enfrentada pelas ciências jurídicas que, por sua vez, conjuntamente se transformaram à medida que as tecnologias digitais e a internet ganharam relevância para a sociedade. Tal mudança afeta o mercado, assim, compete interpretar os princípios e regras de proteção aos dados pessoais aplicados ao mercado de crédito no mesmo entendimento que Marcel Leonardi faz ao mensurar o impacto da internet no Direito:

Para isso, “novas formulações jurídicas não de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa de força que impeça a boa utilização das novas técnicas, e que prevaleça um clima de cooperação dominado pela ética (LEONARDI, 2012, p.39).

A grande questão não está em um suposto abuso do direito à privacidade no tratamento de informações pessoais para análise de crédito ou em uma possível discriminação aplicada às metodologias utilizadas, mas no estabelecimento de critérios claros e transparentes e no tratamento ético desses dados. Isso observando-se a finalidade específica para a qual foram coletados, no sentido de respeitar os princípios de proteção de dados pessoais preconizados tanto nos manuais e guias de melhores práticas como nos regulamentos mais relevantes pertinentes a essa matéria. Desse modo, também se destacam as conclusões de Hian Silva Colaço e Carolina Vasques Sampaio (2016):

Conclui-se que o exercício do direito à autodeterminação informativa no mercado de créditos não se deve configurar um entrave ao bem-estar social - proporcionado pela estabilidade do sistema financeiro - fruto do fluxo informacional disponibilizado pelo cadastro positivo de dados. É perfeitamente possível e desejável a harmonização entre o binômio "informação-privacidade" aplicável à realidade do mercado de créditos, por meio de uma legislação efetiva de proteção aos dados pessoais capaz de garantir a segurança necessária ao compartilhamento de informações pelos bancos de dados, tão salutar ao desenvolvimento econômico e social do país.

De forma a evitar coletas de informações excessivas e usos indevidos, como a comercialização e enriquecimento de dados não autorizado, a manipulação da opinião pública, precificações dinâmicas demasiadamente abusivas e, até mesmo, fraudes e roubos de identidade. De tal maneira, o tratamento de dados para proteção ao crédito apresenta um alcance além do direito à privacidade, é uma ferramenta que auxilia o andamento da própria economia, contribuindo para ordem econômica e para a prevenção a fraudes.

Favorece, igualmente, um novo paradigma a ser observado no comportamento econômico do consumidor brasileiro. O qual passa a ter direitos sobre o uso de seus dados, mas também um novo estímulo ao senso de responsabilidade em relação ao seu histórico de pagamentos, ao seu *score* de crédito e, sobretudo, acerca de seus débitos, provocando uma mudança de mentalidade e uma maior preocupação no que diz respeito a própria reputação financeira. Sendo que os efeitos positivos dessa mudança paradigmática serão percebidos mais claramente pelas próximas gerações.

6 CONCLUSÃO

Considerando a dúvida inicial: Como adequar a prática de coleta e tratamento de dados pessoais para análise e concessão de crédito? Bem como, as possíveis controvérsias existentes entre as regras de proteção de dados pessoais, em especial, a LGPD e a dinâmica do mercado de crédito, sobretudo, quanto aos mecanismos do cadastro positivo. Considerando, ainda, a existência de questionamentos acerca dos riscos de potencial discriminação produzidas pelas metodologias de cálculos de *score*, análise e concessão de crédito, além das acusações quanto aos supostos abusos ao Direito à privacidade suscitados.

Observou-se, nesta análise, que antes de tudo é necessário superar possíveis hostilidades instintivas ou pré-julgamentos, por vezes preconceituosos, direcionados aos *players* que atuam no mercado de crédito. Nesse sentido, o primeiro capítulo procurou demonstrar que a compreensão da necessidade de coleta e tratamento de dados pessoais para fins específicos de análise e concessão de crédito exige, antes de mais nada, o conhecimento do respectivo negócio.

Para tanto, foi proposto um olhar para dentro do mercado de crédito e de toda a complexa dinâmica do processo de análise de crédito, com destaque ao forte arcabouço legal ao qual as instituições financeiras estão sujeitas, as metodologias, técnicas e, principalmente, as novas tecnologias utilizadas para análises de perfis, cálculos de *score* e concessão de crédito. Permitiu-se assim, reconhecer que informações pessoais são a matéria-prima para concretizar a finalidade da análise de crédito e dos cálculos de *score* para concessão do crédito. Afirma-se que a evolução da atividade creditícia, marcada por diversas crises econômicas, exigiu do sistema financeiro estabelecer critérios rígidos, padronizados internacionalmente, no que diz respeito, sobretudo, ao risco de crédito, erigindo assim os Acordos de Basileia I, II e III como marcos dessa evolução.

Tendo em vista uma análise mais apurada na procura de compreender a necessidade de informações adequadas para análises de crédito com maior acurácia, tornou-se oportuno, no segundo capítulo, considerar as externalidades inerentes ao mercado de crédito. Em especial, o fenômeno da inadimplência. Discorreu-se então, acerca dos fatores que influenciaram os altos índices desse fenômeno no país. Com isso, foi possível uma percepção das diversas razões que levaram mais de 60 milhões de brasileiros ao inadimplemento, com destaque para a observância de variáveis, além do desemprego e da crise econômica vivida nos últimos anos.

Ressaltou-se uma faceta pouco reconhecida ou discutida nas ciências jurídicas, mas que perdura desde os tempos do Império, ressurgindo com força a cada crise econômica, qual

seja a realidade dos devedores crônicos ou contumazes. Foi revelada a urgência em categorizar os perfis de inadimplentes, diferenciando os devedores eventuais, que sofreram algum desequilíbrio financeiro por motivo de força maior, tais como desemprego, problemas de saúde na família, separação, porém demonstram boa-fé e o interesse em honrar seus débitos, daqueles devedores contumazes que, apesar de apresentarem condições para quitação ou, pelo menos, para recompor suas dívidas em linhas de renegociação, optam pelo inadimplemento. Conduta essa muitas vezes orquestrada e orientada por especialistas nessa prática, entre eles, advogados que desempenham o que se denomina de advocacia predatória.

Ainda no segundo capítulo, foi observada a força do Código de Defesa do Consumidor na busca em oferecer ampla proteção ao devedor de boa-fé, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor como um princípio inerente à matéria e a dignidade da pessoa humana como o pano de fundo desse importante diploma legal. É relevante frizar que a pretensão deste estudo não foi estabelecer uma crítica à linha de pensamento preconizada no CDC, mas sim, que as ciências jurídicas não são estáticas e evoluem conforme a dinâmica da própria sociedade. A proposta foi acrescentar uma racionalidade evolutiva da legislação consumerista, considerando seus efeitos sob o comportamento econômico da população brasileira no decorrer dos trinta anos que se sucederam após sua promulgação.

Nessa lógica, em que pesem os comentários acerca da aplicação do princípio da boa-fé nas relações consumeristas, descritos na percepção de Nelson Nery Junior, primarem pela equidade e transparência, a prática distanciou-se do ambicionado pelo legislador do CDC. Assim, embora a intenção do legislador na elaboração do CDC não fosse prestigiar ou favorecer a inidoneidade, analisando a realidade do mercado de crédito brasileiro, observam-se externalidades negativas no comportamento econômico dos brasileiros. Essas advindas do enfoque de superproteção do consumidor, da morosidade do Poder Judiciário brasileiro e, principalmente, da omissão de um tratamento diferenciado acerca da contumácia.

A respeito da morosidade e ineficácia da Justiça brasileira, considerando os baixíssimos percentuais de recuperação de garantias por via judicial, constatou-se que tanto a aplicação dos dispositivos legais como o funcionamento das instituições jurídicas se revelaram permissivos à inadimplência intencional e às fraudes. Diante dessa realidade, a pressão de grupos de interesse levou o poder público a assumir a tarefa de pensar em políticas a serem implementadas por novos instrumentos que influenciassem positivamente o mercado de crédito.

Estabelece-se assim um novo paradigma na dinâmica do mercado, com o propósito de mitigar riscos, coibir fraudes e atrasos contumazes, além de incluir no mercado de crédito milhões de consumidores que, por não possuírem renda comprovada, não conseguem acesso às

linhas de crédito. Então, recentemente surgiram as novas regras trazidas pela Lei Complementar nº 166 de 2019, que alterou os mecanismos do denominado cadastro positivo e estabeleceu a obrigatoriedade de inclusão de todos os consumidores nos bancos de dados de agentes autorizados pelo Banco Central a operacionalizá-lo (GBD's- Gestores de Bancos de Dados), resguardado o direito de exclusão.

Já o terceiro capítulo apresentou a polivalência do conceito de privacidade, que configura-se em uma multiplicidade de interpretações e teorias, cada qual com suas peculiaridades e identidades próprias. Destacou-se a evolução dessa temática até a definição do Direito à proteção de dados pessoais, que surgiu como um desdobramento do Direito à privacidade. Ressaltaram-se as diferenças de perspectivas dos autores latinos, como Stefano Rodotà e Danilo Doneda, que focam no Direito à privacidade com um sentido de proteção dos cidadãos. Fundindo-o com o rol de direitos fundamentais, reforçado pelo conceito de autodeterminação informativa, sendo esse adotado, inclusive, como fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

Comparando-os com o ponto de vista de autores anglo-saxões, como Daniel Solove e Helen Nissenbaum, verifica-se que culturalmente esses consideram a perspectiva do Direito à privacidade com um enfoque na transparência das relações. Para Solove, por exemplo, o foco do Direito à privacidade deve primar no interesse da sociedade como um todo, enquanto que Nissenbaum adverte que a sociedade em si deseja o livre fluir das informações, de modo que as relações jurídicas aconteçam, desenvolvendo uma teoria que contemplou uma ótica contextual.

A segunda parte do terceiro capítulo contextualizou a relevância crescente do Direito à proteção de dados pessoais em uma sociedade cada vez mais movida por dados, bem como os princípios a serem observados tanto na elaboração como na aplicação das regras de proteção de dados pessoais. Descreveu-se a evolução geracional dos normativos pertinentes ao tema, com destaque ao Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GDPR) devido a abrangência extraterritorial e a grande influência, tanto das regras como do debate europeu no Direito brasileiro, sobretudo, na elaboração da Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

O quarto capítulo apontou para o Direito à proteção de dados pessoais no Direito brasileiro, de um modo geral, com destaque para dispositivos da Constituição Federal e, de modo específico, aplicado ao mercado de crédito e à proteção ao crédito. Destacaram-se leis setoriais, como a Lei Complementar nº 105/2001, que regulamenta o sigilo bancário e a troca

de informações entre instituições financeiras, e a Lei Complementar nº 166/2019 que alterou as regras do denominado cadastro positivo.

Conclui-se, desse modo, que a LGPD e a LC nº 166/2019 foram construídas a partir da movimentação de grupos de interesses diferentes e com fundamentos filosóficos e finalidades bastante distintos. Sendo a beleza e a grandiosidade desse diálogo de normas a procura por um denominador comum.

Portanto, considerando a premissa de que na construção legislativa desses preceitos atuaram grupos de interesses com ideais possivelmente divergentes à primeira vista, revelou-se um potencial conflito entre o interesse público *versus* o interesse comercial. De um lado uma legislação de proteção de dados pessoais que prestigia a autodeterminação informativa, preocupada com o direito e garantias fundamentais dos titulares dos dados. Nascida da angústia de garantir o desenvolver da personalidade, o direito à privacidade e, principalmente, o controle do fluxo de dados pessoais. Contudo, com um pano de fundo de viés econômico no que diz respeito ao controle do fluxo informacional.

De outro lado, um mecanismo de controle surgido essencialmente de uma exigência do mercado, tal qual se configurou as mudanças nas regras do cadastro positivo. O proposto pelas novas regras revelou-se uma ferramenta que traz consigo a expectativa de uma verdadeira mudança paradigmática no comportamento econômico da sociedade brasileira, pois confere ao consumidor maior responsabilidade acerca de sua reputação financeira.

Em um país com 60 milhões de inadimplentes e com traços culturais marcados pela relativização do dever de pagar dívidas, principalmente nos períodos de crises econômicas, como as ocorridas no século XIX e nas crises de 2015 a 2017, em pleno século XXI. As regras do cadastro positivo são válidas para o equilíbrio e a mitigação do risco de crédito, tal diante da necessidade de *players* do mercado de crédito mensurarem o risco de sua atividade, tanto por questão de sobrevivência como devido ao forte arcabouço legal ao qual se sujeitam.

Tendo em vista tais considerações, a aplicabilidade das regras do cadastro positivo e dos princípios de proteção de dados pessoais se complementam de forma bastante interessante. Eventuais antagonismos ou conflitos de normas, como as polêmicas referentes aos supostos riscos de discriminação e abuso do Direito à privacidade precisaram ser esclarecidos. Nesse sentido quatro argumentos foram observados, no discorrer dessa análise.

O primeiro argumento está no fato de que a informação é a matéria-prima para análise e concessão de crédito, sendo essa uma prática centenária inerente à respectiva atividade econômica. Isso sem desprezar, ao mesmo tempo, os métodos e formas pelos quais esses dados pessoais são coletados e tratados para o fim específico de análise e concessão de crédito,

devendo sempre primar pela transparência como princípio norteador de toda atividade, além da conformidade com os normativos referentes ao tema.

Um segundo argumento diz respeito ao fato de que cada instituição financeira possui políticas de crédito com características próprias. Algumas mais conservadoras e outras mais agressivas, a ponto de algumas disponibilizarem crédito, inclusive, para consumidores com histórico de crédito negativo vigente. Acrescenta-se, ainda, que o setor financeiro como um todo passa por uma significativa transformação, não apenas graças às inovações digitais, mas também devido à proliferação de *fintechs* e de serviços como o *open banking*. A competitividade entre instituições vem se acirrando, de modo a estabelecer uma disputa por cada fatia do mercado de crédito, independente do segmento ou classe econômica do cliente.

Tendo em consideração que a concessão de crédito é uma relevante atividade de muitas instituições financeiras, essas são as principais interessadas em aplicar metodologias que ofereçam melhor assertividade e acurácia na decisão final, tanto para o sucesso do negócio como por motivo de obrigação legal.

O terceiro argumento refere-se às características próprias do mercado de crédito brasileiro, em especial: o impacto significativo do fenômeno da inadimplência, considerando tanto os fatores culturais como estruturais que a influenciam e a necessidade de categorização dos perfis de inadimplentes, de modo a identificar os contumazes, diferenciando-os dos demais. Nesse sentido, é notória a importância de estratégias regulatórias de proteção ao crédito que, por sua vez, estimulem a prevenção e o controle da inadimplência. Isso considerando-se que as ferramentas jurídicas disponíveis até então demonstraram-se ineficientes, ao mesmo tempo que os consumidores, a cada dia, encontram-se mais preparados e protegidos juridicamente para defender sua esfera privada, empoderando-se perante as empresas.

O quarto argumento diz respeito ao fato de serem apontados eventuais riscos discriminatórios, dentro de uma perspectiva dos direitos humanos e fundamentais, nas metodologias de análise de crédito e cálculos de *score*. Para tanto, teóricos brasileiros fundamentam suas análises na experiência norte-americana, no contexto em que o *Fair Credit Act* foi elaborado. Todavia, ao observar o contexto histórico norte-americano em que o FCRA foi promulgado, no qual a segregação racial até pouco tempo era prevista em lei, é compreensível que o legislador norte-americano, à época, tenha se preocupado com regras de proteção a potenciais riscos de discriminação.

Por outro lado, ao analisar a realidade expansionista da base de clientes atualmente observada nas instituições financeiras no Brasil, na qual cada fatia de mercado tem sua importância, considerar que aspectos discriminatórios (sob a ótica dos Direitos Humanos)

possam influenciar uma metodologia de cálculo de *score* ou de análise e concessão de crédito é um tanto quanto ilusória. Não se justifica como oportuna ou admissível, afinal, na prática prejudica a expansão e os lucros do próprio negócio.

Logo a aplicação adequada e associada da LGPD com as regras do cadastro positivo pretende estimular o crescimento do mercado de crédito brasileiro de forma mais sustentável. Sendo que, se há alguma diferenciação relevante nesse contexto, trata-se da separação dos bons pagadores dos maus pagadores. Dessa forma é possível dimensionar melhor os riscos, de maneira a favorecer a oferta adequada de crédito e oferecer transparência aos consumidores em relação aos fins específicos do tratamento de seus dados, além de permitir um maior controle da inadimplência e prestigiar aqueles que têm responsabilidade perante seus débitos.

Assim, é possível uma análise que busque a harmonização desses regramentos, desde que se desenvolva uma visão aberta e livre de ideias pré-concebidas. Desse modo, estratégias regulatórias voltadas para regulamentar o fluxo informacional, diante das inovações tecnológicas, devem ter por escopo calibrar o funcionamento desses sistemas sem sufocá-los ou inviabilizá-los.

No contexto de assegurar a proteção ao crédito, é válida uma perspectiva contextual que permita uma interpretação harmônica entre as regras de proteção de dados pessoais e as inovações legislativas pertinentes à dinâmica e ao funcionamento do mercado de crédito. De tal modo, a aplicação dentro de uma razoabilidade da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) combinada com as novas regras do cadastro positivo, previstas na LC nº 166/2019, podem se configurar em eficaz remédio jurídico para a prevenção da inadimplência, o combate às fraudes e a prática do inadimplemento contumaz. Dessa forma, favorecendo o crescimento saudável do mercado de crédito e gerando ganhos para toda a economia e, conseqüentemente, para toda a sociedade.

Compreende-se, assim, que o Direito à proteção de dados pessoais, como uma extensão do direito à privacidade, configura-se em direito fundamental, enquanto que a concessão de crédito refere-se a um negócio bilateral, sendo que mecanismos de controle são basilares para ambos.

Finalmente, observa-se a necessidade de as ciências jurídicas produzirem estudos mais aprofundados acerca da efetividade da Justiça no âmbito da recuperação de crédito e da execução judicial. Isso de maneira a pensar novos instrumentos e mecanismos legais que possam contribuir, por exemplo, com a melhora de índices de recuperação de garantia, como o divulgado em 2017 e que está muito aquém da média internacional (15,8% x 64%).

O tema do devedor contumaz também precisa ser tratado com um caráter diferenciado pelo Direito brasileiro, sobretudo pelo direito consumerista no campo das relações privadas,

considerando que já existem iniciativas de mudanças legislativas na esfera do Direito Tributário. Tal permitiria uma nova racionalidade nas ciências jurídicas brasileiras, como também um aprofundamento da compreensão de juristas e operadores do direito quanto ao impacto negativo que essa prática, somada à advocacia predatória, provocam à economia brasileira.

Nesse sentido, o escopo de aplicação dos regramentos discutidos nessa análise precisa estar calcado no interesse da sociedade como um todo. As regras de proteção de dados pessoais, quando aplicadas à proteção ao crédito, se fazem necessárias para evitar excessos na coleta e desvios de finalidades que podem ocorrer durante todo o ciclo de vida dos dados, além de oferecer transparência aos consumidores. Sendo assim, o processo de tratamento de dados pessoais, desde a coleta até a exclusão, deve obedecer a finalidade específica a que se destina e os princípios de proteção de dados pessoais, porém, sem o viés de impedir ou sufocar o bom andamento das operações de crédito.

Assim, superando as supostas controvérsias quanto à possível discriminação de consumidores, já que não condiz com a própria finalidade e os objetivos expansionistas do mercado de crédito brasileiro na atualidade. Desse modo a permitir e resguardar o fluir equilibrado e consistente do mercado de crédito e de mecanismos de controle como o cadastro positivo, em tempo que os direitos e garantias fundamentais sejam simultaneamente respeitados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rodrigo. **5 Pontos a observar ao trabalhar com big data**. 2019. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/5-pontos-observar-ao-trabalhar-com-big-data-rodrigo-abreu>. Acesso em: 18 jul. 2019.

ALBRECHT, Jan Philipp. **How the GDPR will change the world**. 2016. Disponível em: https://edpl.lexxion.eu/data/article/10073/pdf/edpl_2016_03-005.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

ALCANTARA, Larissa Kakizaki de. **Big data e Internet das coisas: desafios da privacidade e da proteção de dados no direito digital**. São Paulo: Amazon, 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO (ANDIMA). **O novo perfil do sistema financeiro**. Rio de Janeiro: ANDIMA, 2001.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BUREAUS DE CRÉDITO (ANBC). **Carta aberta**: por que o estímulo ao crédito deve ser uma prioridade para o próximo presidente da República: uma agenda positiva para inclusão financeira, redução sustentável da inadimplência e expansão saudável do mercado de crédito no Brasil. 2018. Disponível em: https://www.anbc.org.br/sites/arquivos/downloads/carta_aberta_v6_28_11_2018.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, interest, and jurisdictional Uncertainty: conjectures on the case of Brazil. *In: DEBT AND INFLATION: THE CASE OF BRAZIL*, 2003, Rio de Janeiro/RJ. **Anais [...]**. Rio de Janeiro/RJ: PUC-Rio/Banco Mundial, 2003. p. 265-293. Disponível em: <http://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2016/03/TPD2IEPE.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado financeiro**. São Paulo: Atlas, 2009.

ASSAF NETO, Alexandre. **Finanças corporativas e valor**. São Paulo: Atlas, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 1.273, de 29 de dezembro de 1987**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1987/pdf/circ_1273_v1_o.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Manual de normas do sistema financeiro**. 1999a. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/aplica/cosif/completo>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Perguntas frequentes**: cadastro positivo. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequenterespostas/faq_cadastropositivo. Acesso em: 23 jul. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 1.748, de 30 de agosto de 1990**. Altera e consolida critérios para inscrição de valores nas contas de créditos em liquidação e provisão para créditos de liquidação duvidosa. Brasília: BACEN, 1990.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 2.682, de 21 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Brasília: BACEN, 1999b.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 2.697, de 24 de fevereiro de 2000.** Dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e divulgação de informações em nota explicativa às demonstrações financeiras. Brasília: BACEN, 2000.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 4.192 de 01 de março de 2013.** Dispõe sobre a metodologia para apuração do patrimônio de referência. Brasília: BACEN, 2013.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução nº 4.658, de 26 de abril de 2018.** Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em:

https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Das Práticas Comerciais. *In*: GRINOVER Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. (p. 215-440).

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro positivo**: comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BIONI, Bruno. **Xeque-mate**: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. Privacidade e Vigilância. São Paulo: Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo/GPoPAI USP, 2015. Disponível em: https://docplayer.com.br/21642318-Xeque-mate-o-tripe-da-protecao-de-dados-pessoais-no-jogo-de-xadrez-das-iniciativas-legislativas-no-brasil-privacidade-e-vigilancia.html#show_full_text - Acesso em: 27 ago. 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto de 5 de outubro de 1988 com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/1992 a 99/2017 e Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/1994. Brasília/DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL, **Decreto nº 9.936, de 24 de julho de 2019.** Regulamenta a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, que disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília/DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9936.htm. Acesso em: 28 ago. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2019**. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Brasília/DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp166.HTM. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília/DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em: 05 jul. 2019

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília/DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 12 dez. 2018.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: o empresário do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CAOQUETTE, John B.; ALTMAN, Edward I.; NARAYANAN, Paul. **Gestão do risco de crédito: o próximo grande desafio financeiro**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

CAPRILES, Axel. **Dinheiro: sanidade ou loucura?** São Paulo: Axis Mundi, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre internet, negócios e sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

COLAÇO, Hian Silva; SAMPAIO, Carolina Vasques. Direito à autodeterminação informativa no mercado de créditos: análise econômica do cadastro positivo de dados no resp 1419697/RS. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Curitiba/PR, v. 2, n. 2, p. 158-177, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/1493/1954>. Acesso em: 20 jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números: relatório executivo 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf>. Acesso em: 05 out. 2019.

CORMEN, Thomas *et al.* **Algoritmos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Efetividade do direito a ser esquecido**. Revista Argumentum, Marília/sp, v. 18, n. 1, p. 17-41, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/339/89>. Acesso em 12 set. 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ELETRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER. **The fair credit reporting act (FCRA) and the privacy of your credit report**. 2019. Disponível em: epic.org/privacy/fcra. Acesso em: 15 mar. 2020.

ÉPOCA NEGÓCIOS. **Bancos travam crédito do BNDES a pequena empresa**. 2017. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empreendedorismo/noticia/2017/07/epoca-negocios-bancos-travam-credito-do-bndes-a-pequena-empresa.html>. Acesso em: 05 out. 2019

EUROPEAN COMMISSION. **Article 29 working party**. Disponível em http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083. Acesso em: 04 jul. 2019.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Estudo do spread bancário**. Out. 2017. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Estudo%20do%20Spread%20Bancario_out_17.pdf. Acesso em: 09 jul. 2019.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da Política Nacional de Relações de Consumo. *In*: GRINOVER Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. (p. 52-115)

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Cadastro positivo e direitos dos consumidores**: Contribuições ao Banco Central do Brasil. 2018. Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/arquivos/cadastro_positivo_e_direitos_dos_consumidores_0.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando as soluções. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (p. 66-104).

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva: 2012.

LÈVI, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MALDONADO, Viviane. Dos direitos do titular. *In*: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane (coord.) **LGPD**: lei geral de proteção de dados comentada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. (p. 255-309).

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. 2008, 156 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/4782>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018a.

MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, 2018b.

MENDES, Laura Schertel, BIONI, Bruno Ricardo. O Regulamento europeu de proteção de dados pessoais e a lei geral de proteção de dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, 2019.

METZNER, Talita Dayane; MATIAS, Alberto Borges. **O setor bancário brasileiro de 1990 a 2010**. Barueri/SP: Editora Manole, 2015.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na lei geral de proteção de dados do Brasil? Rio de Janeiro: **Instituto Igarapé**, 2018. Disponível e: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. *In*: GRINOVER Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. (p. 441-570).

NISSEMBAUM, Helen. **Privacy in context: technology, policy, and the integrity of social life**. New York: Stanford University Press, 2010.

OLIVEIRA, Ana Paula Brito de. **Gestão de crédito e risco com foco na provisão para créditos de liquidação duvidosa (PCLD): impactos do aumento das provisões nos resultados do Banco do Brasil**. 2016, 37 f. Monografia (CBA Finanças e Controladoria) – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, Brasília/DF, 2016. Disponível em http://anexos.bibliotecasbb.com.br.s3-website-sa-east-1.amazonaws.com/1507061842091ANA_PAULA_BRITO_OLIVEIRA.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data**. Paris, França: OECD Publications Service, 2011.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The OECD privacy framework**. 2013. Disponível em: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf. Acesso em: 04 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**: proclamada pela assembleia geral das nações unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948. 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 12 set. 2018.

PORTO, Antônio José Maristrello. O direito e a economia do cadastro positivo. **Revista Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 63, n. 9, set. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/viewFile/24693/23466>. Acesso em: 25 jul. 2019.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Trad: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Projeto de lei nº 1.646/2019**. Estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa e altera a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, e a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: www.pgfn.fazenda.gov.br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/divida-ativa-previdenciaria/projeto-de-lei-1646_2019-novo.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

ROB, Peter; CORONEL, Carlos. **Sistema de banco de dados**: projeto, implementação e gerenciamento. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAUNDERS, Anthony. **Medindo o risco de crédito**: novas abordagens para value at risk e outros paradigmas. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2000.

SCHRICKEL, Wolfgang Kurt. **Análise de crédito**: concessão e gerência de empréstimos. São Paulo: Atlas, 2000.

SECURATO, José Roberto *et al.* **Crédito**: análise e avaliação do risco: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Saint Paul, 2012.

SILVA, José Pereira da. **Gestão e análise de risco de crédito**. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMMEL, George. **A psicologia do dinheiro e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Edições Texto & Grafia, 2009.

SOLOVE, Daniel. **Understand privacy**. Harvard University Press, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade e proteção de dados pessoais**: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SZTAJN, Rachel. **Sistema financeiro: entre estabilidade e risco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAN, Pang-Ning; STEINBACH, Michael; KUMAR, Vipin. **Introdução ao data mining: mineração de dados**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna LTDA, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, de 18 de dezembro de 2000**. 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 set. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 20 nov. 2019.

VITA, Jonathan Barros. **Teoria geral do direito: direito internacional e direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

YAZBEK, Otávio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ZANATTA, Rafael; DONEDA, Danilo. O que há de novo no debate “credit score” no Brasil? Direitos são conhecidos e efetivamente exercidos pelos consumidores. **Portal JOTA**, 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/o-que-ha-de-novo-no-debate-credit-score-no-brasil-09022017>. Acesso em: 04 jul. 2019.

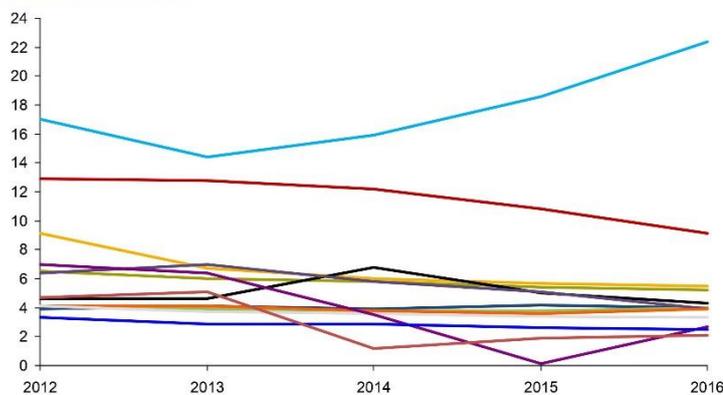
ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXO A – Estudo do spread bancário



Em sua tradicional nota mensal, o Bacen divulga um spread das operações de crédito no Brasil elevado em comparação com o de outros 12 países da amostra deste estudo.

Histórico do Spread¹ dos Países
% a.a. Dados de 2012 a 2016

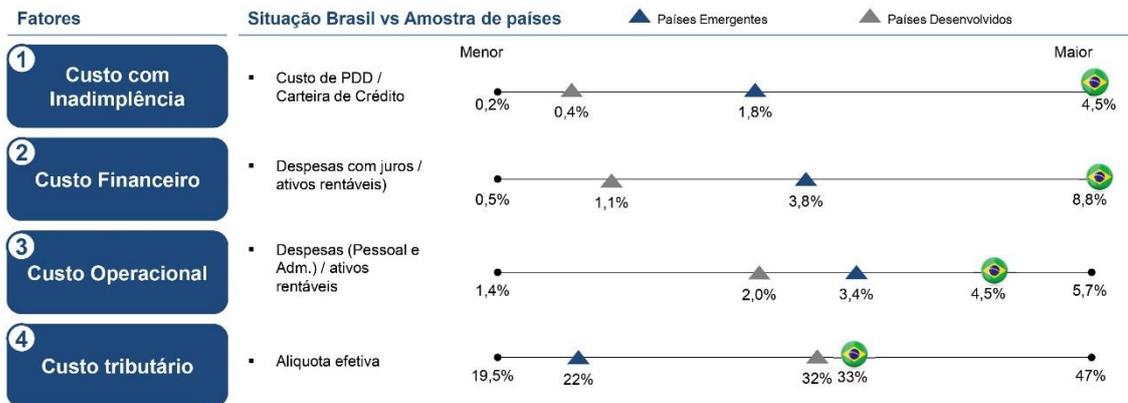


País	Spread 2016	Var 12-16
Brasil	22%	+5,4pp
México	9,1%	-3,9pp
Alemanha	5,5%	-3,5pp
EUA	5,2%	-1,3pp
Chile	4,3%	-0,3pp
Índia	4,0%	+0,1pp
UK	4,0%	-0,2pp
Colômbia	3,9%	-2,5pp
África S.	3,9%	-0,1pp
Austrália	3,3%	-0,8pp
Rússia	2,7%	-4,4pp
Coréia S.	2,5%	-0,9pp
Turquia	2,1%	-2,6pp

1) Spread estimado conforme diferença entre a Taxa Média de Juros dos Empréstimos Bancários (5 maiores bancos comerciais) e a Taxa Básica de Juros do País, exceto para Brasil, para o qual foi utilizado o Spread divulgado pelo Bacen (sem considerar Outros Créditos Livres e Outros Direcionados – taxa de juros não divulgada)
 2) Para Brasil, spread de 2016 corresponde ao período de Nov/15 a Out/16
 3) Para Alemanha foi mantida a Taxa Básica de Juros constante (igual a de 2012)
 4) Para Índia foi utilizada a Taxa Básica de Juros de 2015 para o ano de 2016
 Fonte: Bacen, S&P Capital IQ, Análise Accenture

Bancos avaliados em cada país

Custos mais elevados no Brasil explicam mais da metade da diferença no spread de crédito.



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 3

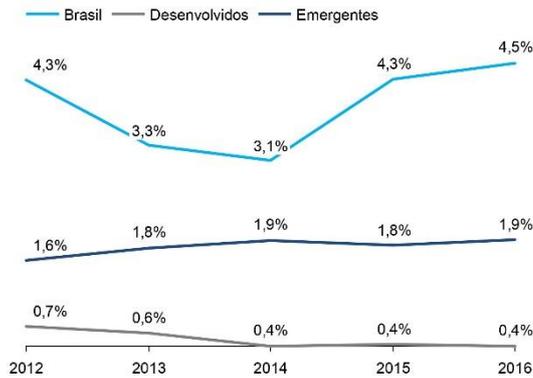
Brasil - maior custo de inadimplência na amostra de países, com elevado volume de provisões, dificuldade de recuperar garantias, baixa segurança jurídica e informações insuficientes de crédito.

Fatores	Resumo da comparação do Brasil vs Internacional
Custo com Inadimplência	<ul style="list-style-type: none"> Proporção do volume de provisões (PDD) em relação à carteira de crédito é o maior (4,5%, vs 1,1% da mediana dos países). Entre as causas, critérios de provisionamento obrigatoriamente mais conservadores e diferença no mix de produtos; Baixa segurança jurídica ao credor dificulta a recuperação de garantias, no Brasil: <ul style="list-style-type: none"> Menor recuperação de garantias (16% do valor da garantia é recuperado X 69% na mediana dos demais países da amostra) Maior tempo para recuperação (4 anos vs 2 anos na mediana dos países da amostra) Maior custo para recuperação (12% do valor total do bem X 9% na mediana dos países da amostra) Ineficiências na qualidade e disponibilidade de informações de crédito: <ul style="list-style-type: none"> Bureau de crédito no Brasil cobre 79% da população adulta X 100% nos países desenvolvidos da amostra Legislação atual dificulta melhor uso das informações de crédito, em especial do cadastro positivo.

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 4

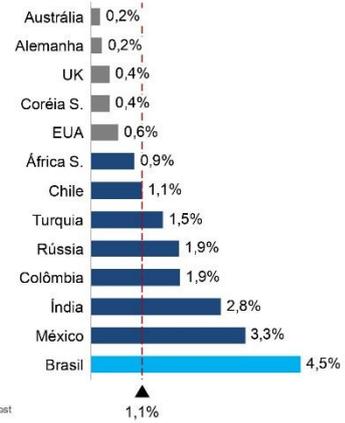
Custo de provisões para devedores duvidosos, por ativo de crédito no Brasil, é o maior entre todos os países analisados.

Despesas de PDD sobre Total de Ativos de Crédito



Nota: Dados do Brasil retirados dos balanços anuais consolidados dos 5 maiores bancos, o que explica pequena diferença do valor informado no Data Request. Países Emergentes excluem o Brasil. Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

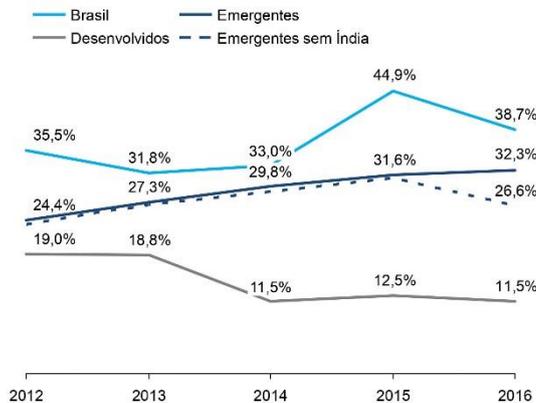
Despesas de PDD sobre Total de Ativos de Crédito 2016



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 5

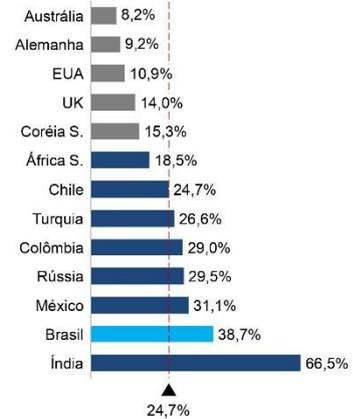
Custo de PDD consome quase 40% da margem financeira do Bancos no Brasil, segundo maior nível entre todos os países analisados.

Despesas de PDD sobre Margem Financeira



Países Emergentes excluem o Brasil. Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

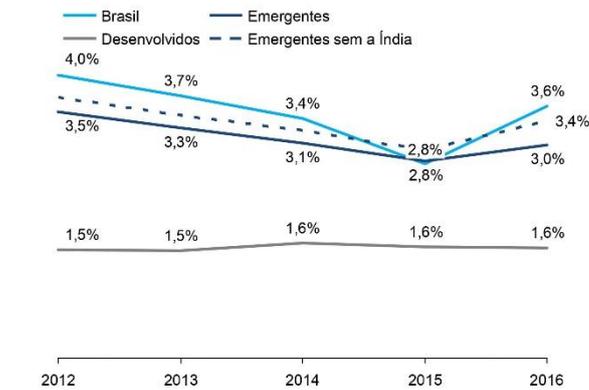
Despesas de PDD sobre Margem Financeira 2016



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 6

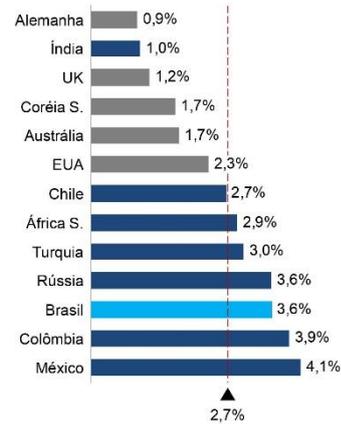
Descontando o custo de PDD, a margem financeira do Brasil está alinhada à média dos países emergentes.

Margem Financeira pós PDD¹



1) Margem Financeira pós PDD = Resultado da Intermediação Financeira Líquida de PDD / Ativos Rentáveis
 Obs.: Ativos Rentáveis = Carteira de Crédito + Investimentos (TVM) + Depósitos Compulsórios
 Países Emergentes excluem o Brasil
 Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

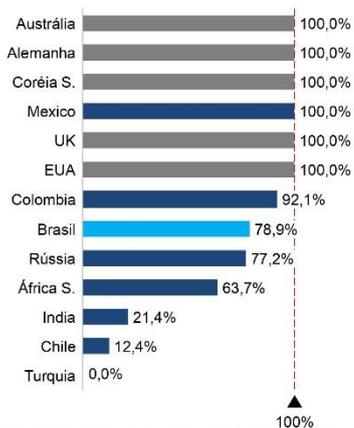
Margem Financeira pós PDD¹ 2016



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 7

Qualidade e disponibilidade de informações de crédito insuficientes

Cobertura do Bureau de Crédito % da População Adulta, 2016



Presença Efetiva do Cadastro Positivo



Efeitos esperados do compartilhamento de melhores informações de crédito¹

Redução da Inadimplência

- Redução de 45% (de 3,37% para 1,84%) da Inadimplência no Brasil utilizando informações Positivas

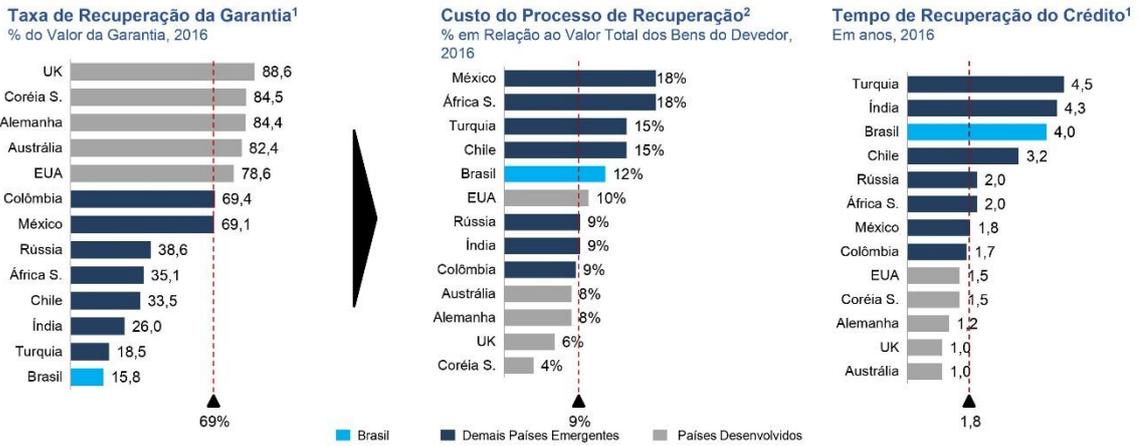
Aumento da aprovação de propostas (maior rentabilização da base de clientes)

- Aumento de 40% para 75% a taxa de aprovação com o uso de informações Positivas nos EUA
- Aumento de 75% para 83% a taxa de aprovação com uso de informações abrangentes (bancos, varejistas e outros credores) nos EUA

1. Estudos de 2003 e 2004 compilados pelo Banco Mundial das simulações utilizando dados dos países em questão
 Fonte: Banco Mundial – Doing Business 2017 e Credit Reporting Knowledge Guide – 2012, Análise Accenture

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 8

É mais oneroso e demorado recuperar uma garantia no Brasil.



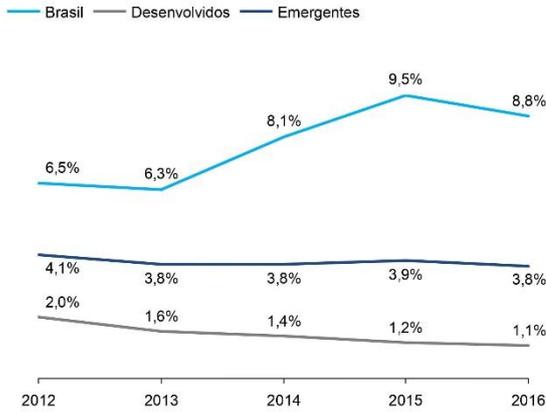
1) Mede o tempo que os credores levam para recuperar seu crédito uma vez que o cliente ficou inadimplente
2) Mede o custo do processo de recuperação como uma porcentagem do patrimônio do devedor. Inclui taxas judiciais, tributos, honorários dos administradores da insolvência, leiloeiros, avaliadores, advogados, entre outros custos.
Fonte: WorldBank. Análise Accenture

Excessos nos recolhimentos de compulsórios e direcionamento de créditos exigem dos bancos brasileiros maior captação que seus pares em outros países para realizar o mesmo volume de operações e fazer render o capital

Fatores	Resumo da comparação do Brasil vs Internacional
Custo com Inadimplência	<p>O Brasil tem alto custo financeiro (8,8% X 3,8% nos países emergentes e 1,1% nos países desenvolvidos) :</p> <ul style="list-style-type: none"> Maiores alíquotas nominais de compulsórios (cerca de 40% X 10% no país com segunda maior alíquota) geram alto volume de recolhimento (6,4% dos ativos X 1,9% nos demais países da amostra) Alta cobertura de funding – volume de captações sobre ativo rentável (1,1 X 1,06 nos países emergentes e 1,05 nos países desenvolvidos da amostra) Direcionamento de crédito a taxas e spreads regulados limitam o potencial de rentabilidade dos recursos captados (Rentabilidade sobre capital (ROC) dos créditos direcionados de 0,28% X 21,89% dos recursos livres) Mercado de capitais no país é pouco desenvolvido. Estrutura de passivos das instituições financeiras tem prazos relativamente mais curtos e custos mais elevados que os de seus pares nos países da amostra.
Custo Financeiro	

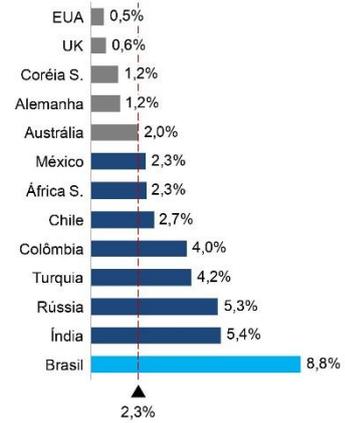
O custo financeiro do Brasil é o maior entre todos os países da amostra.

Evolução Custo Financeiro dos Ativos Rentáveis



Custo financeiro dos ativos do Brasil simulado com média da cobertura de funding dos emergentes mantendo o custo médio de funding brasileiro
Países Emergentes excluem o Brasil
Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

Custo de Financeiro dos Ativos Rentáveis (despesas com juros / ativos rentáveis) 2016

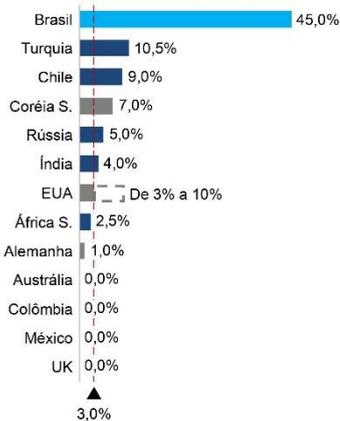


Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 11

As alíquotas nominais de depósitos compulsórios no Brasil são as mais altas dentre os países analisados, o que resulta em um volume recolhido de 6,4% dos ativos totais dos bancos, comparativamente a 1,9% na mediana dos países da amostra.

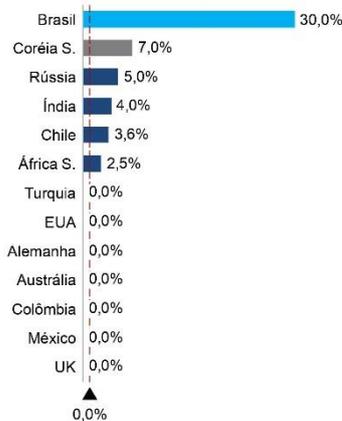
Recolhimento de Depósitos à Vista¹

% Alíquotas em vigor em Março/2017



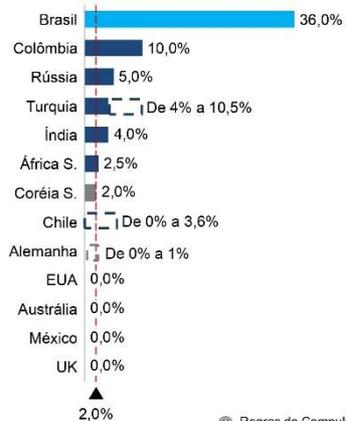
Recolhimento de Poupança¹

% Alíquotas em vigor em Março/2017



Recolhimento de Depósitos a Prazo¹

% Alíquotas em vigor em Março/2017

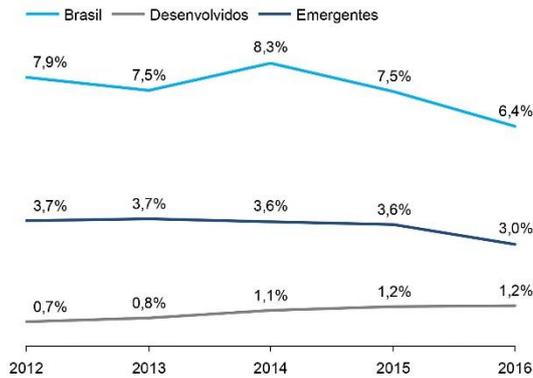


Regras do Compulsório

¹) Contempla depósitos compulsórios e exigências adicionais. Alíquota do recolhimento da Poupança passará de 30% para 24,5%, em Jul/07. Para cálculo da mediana, considerou-se o e a alíquota mínima para os países com faixas de recolhimento;
Fonte: Banco Central de cada país. Análise Accenture
Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 12

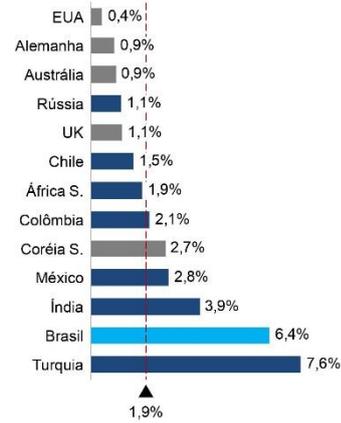
Proporção de ativos bloqueados (compulsórios) - de 6,4% do total - é maior do que a mediana dos demais países da amostra - de 1,9%.

Evolução da Participação de Compulsórios¹ no Ativo Total



¹ Compulsórios ("Restricted Cash")
Países Emergentes excluem o Brasil
Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

Compulsórios¹/ Ativos Total 2016

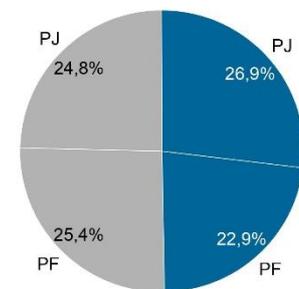


Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 13

Recursos direcionados são praticamente 50% do total das operações de crédito. Diferencial de taxa mostra a presença do subsídio cruzado apontado pelo BC.

Composição da Carteira de Crédito por Origem do Recurso

% do total da carteira de crédito. Dados de 2016



■ Livre ■ Direcionado

Spread – agosto de 2017

Em p.p.

	Recursos Livres	Recursos Direcionados	Total
Pessoas Físicas	53,4	3,4	28,6
Pessoas Jurídicas	16	6,1	11,5
Total	36,9	4,5	21,3

¹ Inclui "Outros Produtos PF" e "Outros Produtos PJ" (BNDES PF, Renegociação de Dívidas, Aquisição de Outros bens, Câmbio, Veículos PJ, Imobiliário PJ, entre outros)
Fonte: Data Request Bancos (Itaú, Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Santander). Análise Accenture

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 14

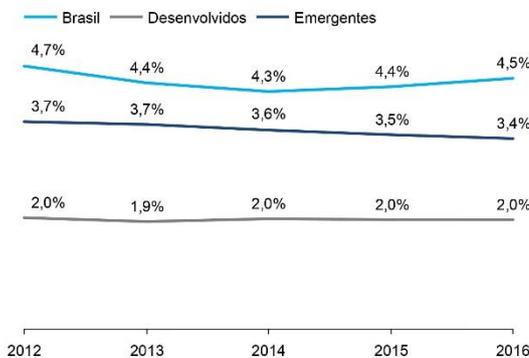
O custo operacional é mais elevado no Brasil, onerado pelo maior custo trabalhista e alta densidade de rede de canais físicos.

Fatores	Resumo da comparação do Brasil X Internacional
Custo com Inadimplência	<p>Brasil tem elevado custo operacional por volume de ativos rentáveis (4,5% X 2,7% nos demais países da amostra):</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Custo operacional está entre os maiores da amostra em pessoas, terceiros, dados, telecomunicação, segurança e instalações ▪ Brasil tem elevado custo trabalhista, burocracia e complexidade legislativa e regulatória: <ul style="list-style-type: none"> - Alto custo de demissão (severance), elevadas provisões judiciais, jornada de trabalho de 6 horas diárias (menor que outros países e outros setores e que gera elevados volumes de ações trabalhistas reivindicando a 7ª e 8ª hora/hora extra); - Elevado custos operacionais e de segurança em função da complexidade regulatória, especialmente legislativa (mais de 1.000 leis definidas a nível federal, estadual e municipal); custos de observância e de obrigações acessórias muito elevados no Brasil; - Tempo e número de procedimentos necessários para formalizar contratos e custos de observância para atender processos mais elevados no Brasil; ▪ O potencial de digitalização de processos e atendimentos ainda é pouco explorado, quando comparado com países desenvolvidos, por restrições regulatórias
Custo Financeiro	
Custo Operacional	

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 15

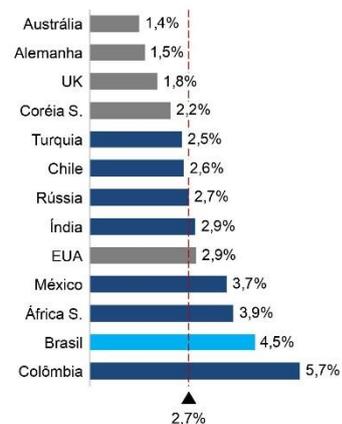
O custo operacional dos bancos no Brasil é maior do que o custo observado na média dos demais países da amostra, em comparação ao volume de negócios.

Evolução do Cost to Assets¹



1) Cost to Assets = Despesas Operacionais / Ativos Rentáveis
 Obs.: Despesas Operacionais = Despesa de Pessoal + Despesas Administrativas + Outras Despesas/(Receitas) Operacionais
 Obs.: Ativos Rentáveis = Carteira de Crédito + Investimentos (TVM) + Depósitos Compulsórios
 Países Emergentes excluem o Brasil
 Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

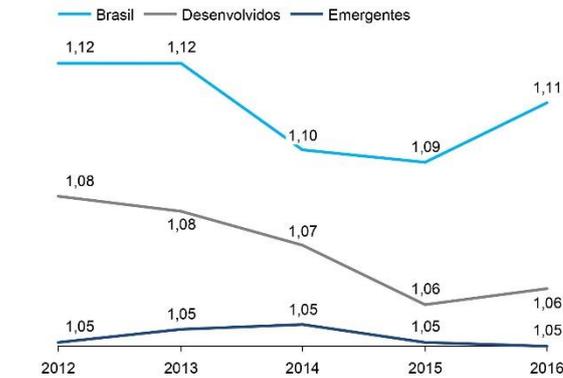
Cost to Assets¹
2016



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 16

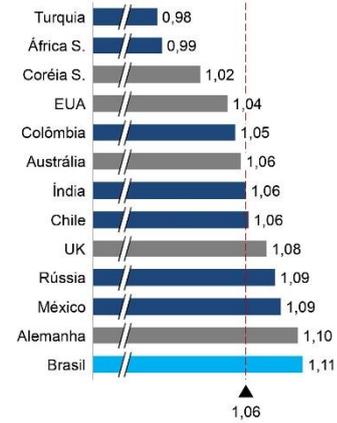
Brasil tem a maior proporção de depósitos e captações por ativo rentável.

Evolução da Cobertura de Funding¹



1) Cobertura de Funding = Depósitos e Captações / Ativos Rentáveis
 Obs.: Ativos Rentáveis = Carteira de Crédito + Investimentos (TVM) + Depósitos Compulsórios
 Países Emergentes excluem o Brasil
 Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

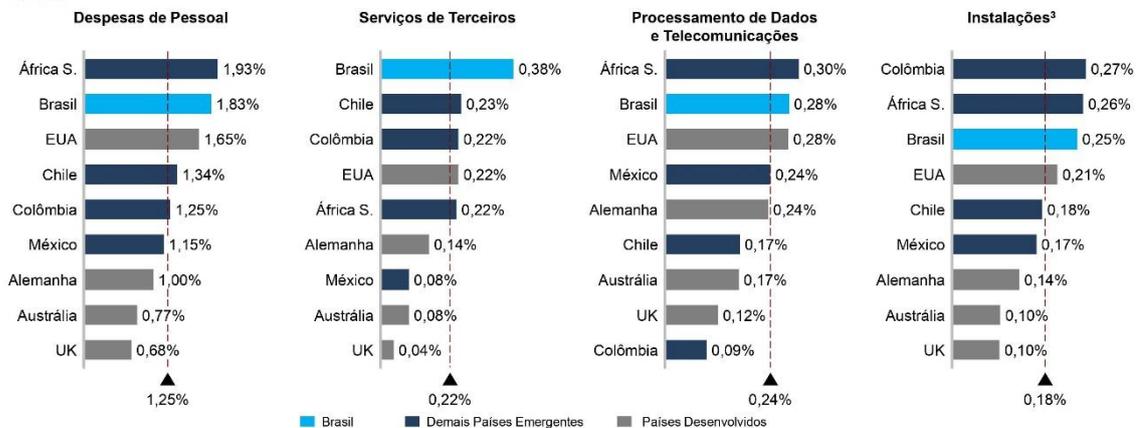
Cobertura de Funding¹
2016



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 17

Operações dos bancos brasileiros estão entre as mais custosas como proporção dos ativos rentáveis dos bancos.

Despesas Operacionais sobre Ativos Rentáveis¹
%, 2016²



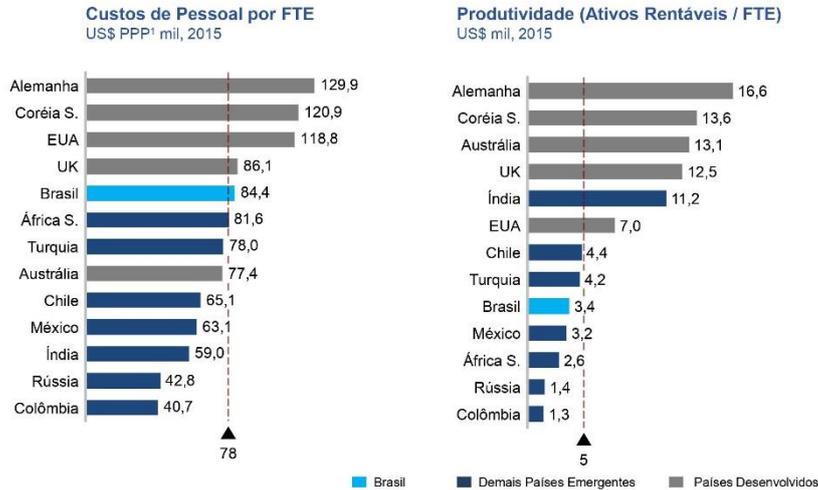
1) Média dos 5 maiores bancos comerciais, com exceção de México e UK (despesas detalhadas apenas para Santander México e Lloyds). Índia, Rússia, Turquia e Coreia do Sul não apresentam detalhamento adequado das despesas
 Obs.: Ativos Rentáveis = Carteira de Crédito + Investimentos (TVM) + Caixa Restrito (compulsórios)

2) Exceto bancos da Alemanha, cujos dados são de 2015;

3) Contempla despesas com alugueis, manutenção dos bens e água, energia e gás
 Fonte: Demonstrativos Financeiros dos Bancos, S&P Capital IQ, Análise Accenture

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 18

O custo de pessoal por funcionário está acima da mediana dos países da amostra
A produtividade é menor

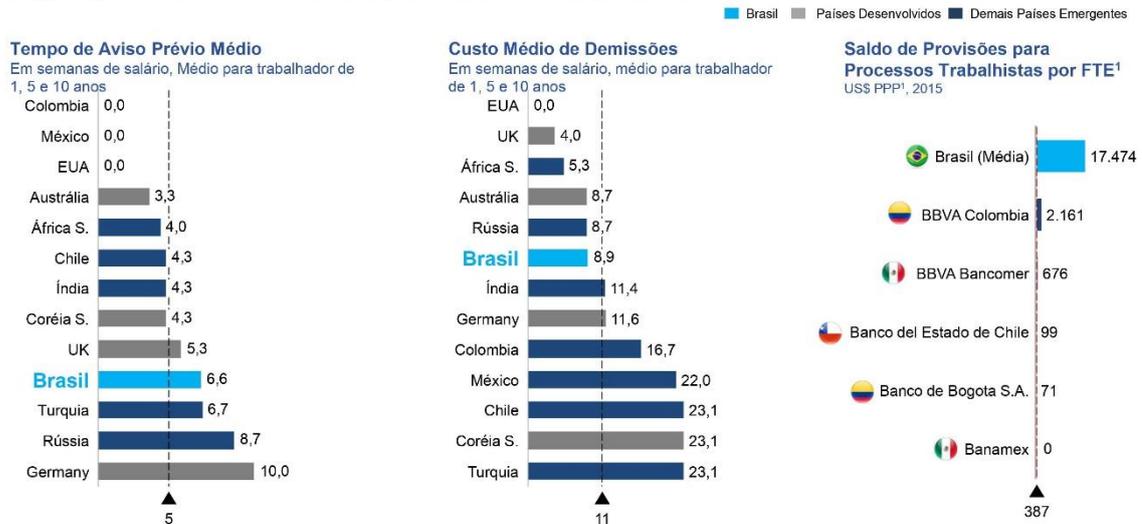


Hipóteses geradoras de custos

- Carga horária reduzida de 6h
- Peso de atividades de apoio
- Peso das atividades de observância regulatória e controles internos
- Peso de retrabalho
- Falta de automação e digitalização de processos

1) PPP: Purchasing Power Parity (Paridade de Poder de Compra)
Fonte: Demonstrativos Financeiros dos Bancos, The Banker, Análise Accenture

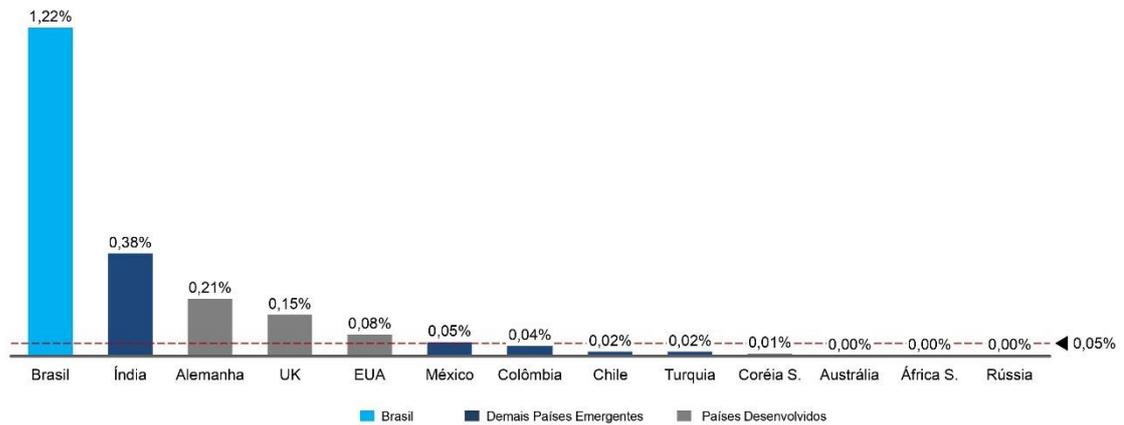
Legislação trabalhista tem alto impacto nos custos operacionais.



1. Provisões para contingências prováveis
Fonte: Doing Business 2017, Demonstrativos Financeiros dos Bancos, Análise Accenture

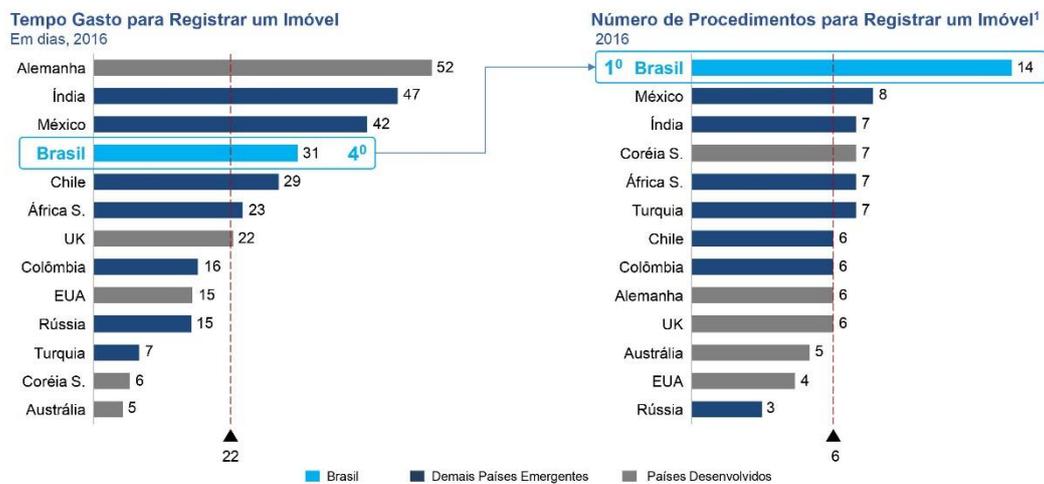
Brasil tem a maior taxa de provisões com processos trabalhistas, cíveis e fiscais entre os países da amostra.

Saldo de Provisões para Processos Trabalhistas, Cíveis e Fiscais em relação ao Passivo Total¹
%, 2015



¹) Provisões para contingências prováveis
Fonte: Demonstrativos Financeiros dos Bancos. Análise Accenture

Burocracia no Brasil também onera custos operacionais
Demanda etapas e pessoas extras para executar funções similares



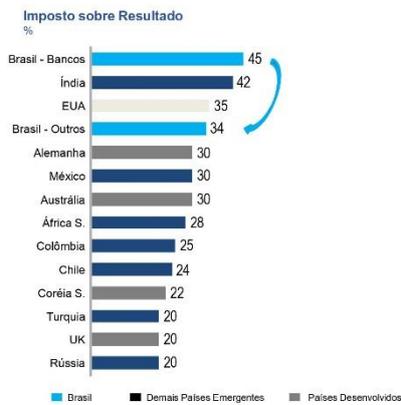
¹) Considera apenas procedimentos legalmente exigidos para registrar o imóvel
Fonte: World Bank, Análise Accenture

Tributação acentuada e regras conservadoras de diferimento de despesas elevam custo tributário no Brasil.

Fatores	Resumo da comparação do Brasil X Internacional
Custo com Inadimplência	<p>O custo tributário incidente nas operações de crédito é mais elevado no país</p> <ul style="list-style-type: none"> Elevado volume de créditos tributários não rentáveis nos ativos dos bancos; Um dos únicos países a tributar a intermediação financeira (PIS/COFINS, 4,65% sobre o spread da operação); Imposto indireto nas operações de crédito (IOF); Alíquota nominal de IR e CSLL (45% no total) mais elevada entre os países integrantes da amostra, o que eleva a alíquota efetiva dos bancos; Alíquota de CSLL para os bancos (20%) bem mais alta do que para outros setores da economia (9%)
Custo Financeiro	
Custo Operacional	
Custo tributário	

Alíquota nominal da tributação sobre a renda é mais elevada

Impacto da Carga Tributária no Spread



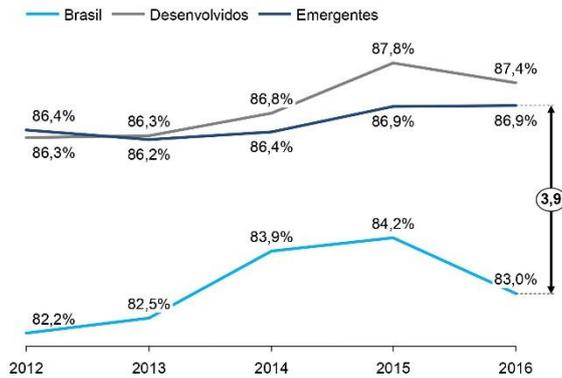
Fatores que aumentam a carga tributária do Crédito no Brasil

- Impostos adicionais sobre receita PIS/COFINS: 4,65% da receita total
- IRPJ e CSLL com alíquota adicional frente aos demais negócios no Brasil

Fonte: Data Request/Bancos (Itaú, Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Santander), S&P Capital IQ, Receita Federal, Análise Accenture

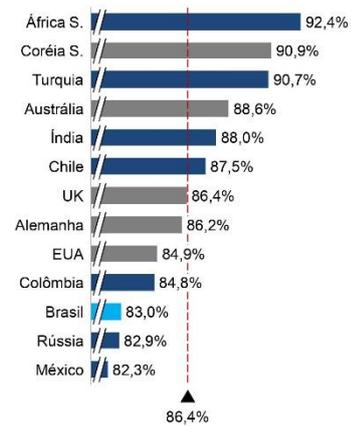
Créditos tributários não rentáveis são 3,6% do total de ativos dos Bancos no Brasil
 Uma das menores relações de rentabilidade da base de ativos

Evolução da Participação de Ativos Rentáveis¹ no Ativo Total



1) Ativos Rentáveis = Carteira de Crédito + Investimentos (TVM) + Depósitos Compulsórios
 Países Emergentes excluem o Brasil
 Fonte: S&P Capital IQ, Análise Accenture

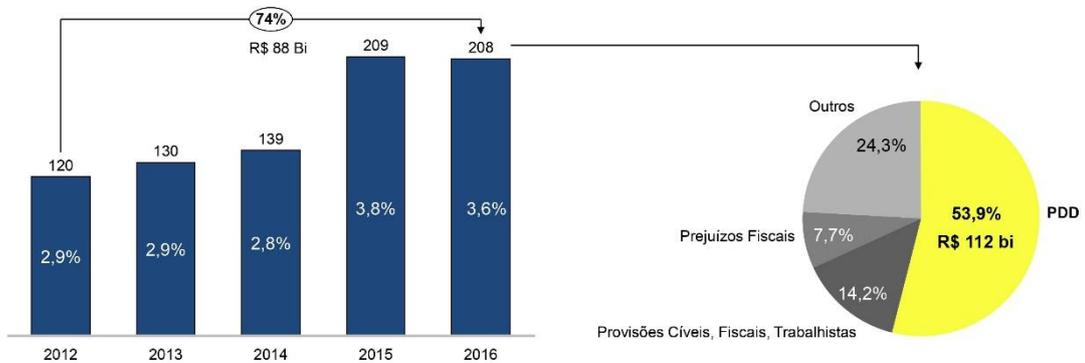
Ativos Rentáveis¹ / Ativos Total
2016



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 25

Os créditos tributários diferidos cresceram 74% no período, principalmente em função do aumento das PDD e do descasamento com a dedução fiscal.

Saldo de Créditos Tributários Diferidos¹
 R\$ Bilhões, % Total de Ativos



1) Considera apenas os créditos tributários ativos
 2) Os percentuais representam a média entre Itaú, Bradesco, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal (Demonstrativo do Santander não apresenta o detalhamento)
 Fonte: Demonstrativos Financeiros dos Bancos (Itaú, Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Santander), Análise Accenture

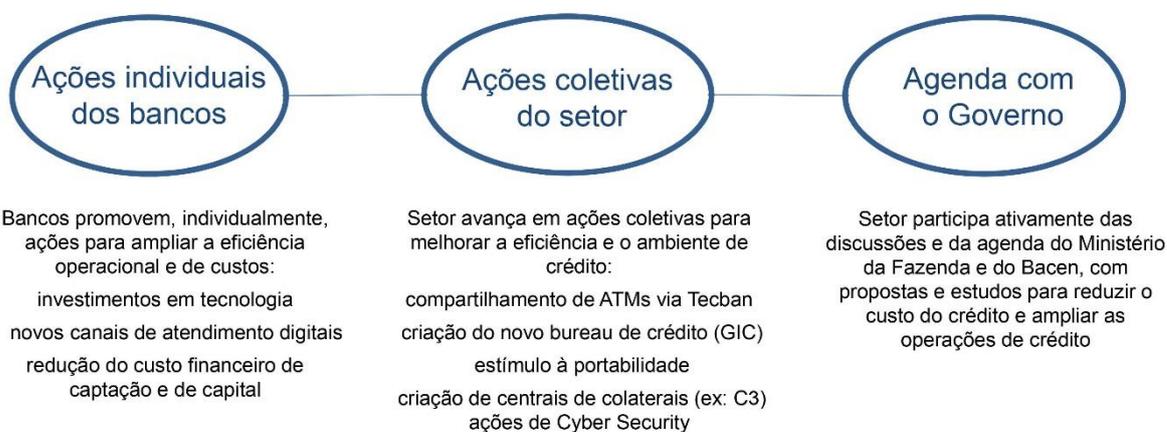
Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 26

O que fazer para baixar o spread?

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 27

Frentes prioritárias para reduzir o spread bancário e melhorar o ambiente de crédito no Brasil

Agenda Estratégica



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 28

Agenda de reformas microeconômicas (em conjunto com o Governo), baseada em três alavancas:

Agenda com o Governo



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 29

Reforma no ambiente de crédito:

14 ações para fazer crescer o crédito e facilitar a redução gradual do spread bancário.

Mapa de Medidas para desenvolvimento do mercado de crédito



Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 30

Ações são traduzidas em medidas concretas Exemplos de propostas - Inadimplência



Reduzir o Custo da Inadimplência

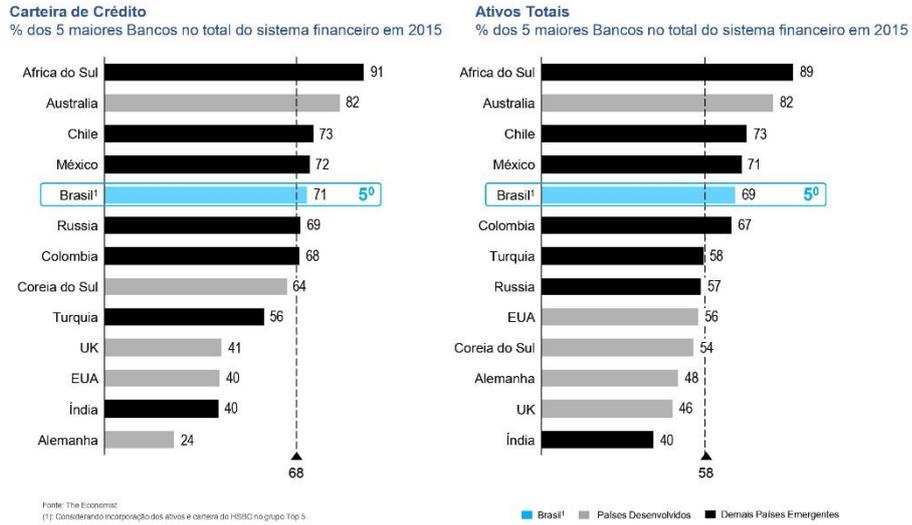
Abertura das Medidas

Medidas	Ações	Impacto / Complexidade
1 Ampliar o uso efetivo de informações positivas	<ul style="list-style-type: none"> • Aperfeiçoar Lei do cadastro de Histórico de Crédito (Impacto maior em PF do que em PJ) <ol style="list-style-type: none"> i. Fim da responsabilidade solidária; ii. Obrigatoriedade das fontes, inclusive prestadores de serviços continuados (água, esgoto, eletricidade, gás, escolas, provedores de TV e internet etc.), fornecerem informações para inclusão no cadastro positivo e exclusão da vedação de anotação sobre informações de serviços de telefonia móvel; iii. Opt-out para todos os tipos de informações para acesso ao score de crédito dos GBDs e acesso às informações detalhadas de histórico não bancárias; Opt-in para acesso a informações detalhadas de histórico bancárias; • Ampliar o acesso às informações de renda e faturamento da Receita Federal, desde que com autorização expressa dos clientes. 	Alto Média
2 Melhorar segurança jurídica do credor nas operações com garantias, recuperação judicial e falências	<ul style="list-style-type: none"> • Permitir a busca e apreensão extrajudicial de bens móveis alienados fiduciariamente • Aperfeiçoar a Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei 11.101/2005) 	Alto Alta
3 Aprimorar uso de garantias e ampliar fontes (ativos) disponíveis para garantias	<ul style="list-style-type: none"> • Permitir inclusão das Duplicatas na Central de Registro de Ativos Financeiros • Aprimorar Marco Legal do Consignado: <ol style="list-style-type: none"> i. Bloqueio da margem consignável na suspensão de pagamento por decisão administrativa ou judicial; ii. Permitir autorização pessoal para desconto em folha; iii. Aprimorar regras para evitar mau uso do cartão consignado. 	Alto Alta
4 Redução do custo fiscal da inadimplência	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminar a necessidade de ajuntamento para dedução fiscal dos créditos inadimplidos • Facultar a dedução das perdas de créditos segundo os critérios estabelecidos pelo CMN (Res. 2682), em substituição aos estabelecidos pela Lei 9.430 	Alto Alta
5 Aprimorar critérios de provisão (Res. 2682); regra de arrasto e modalidades com garantias	<ul style="list-style-type: none"> • Rever conceitos de arrasto e de provisionamento para modalidades de crédito com garantias, que seguem hoje o critério das operações sem garantias • Possibilitar a não ativação dos créditos renegociados baixados a prejuízo 	Médio Baixa

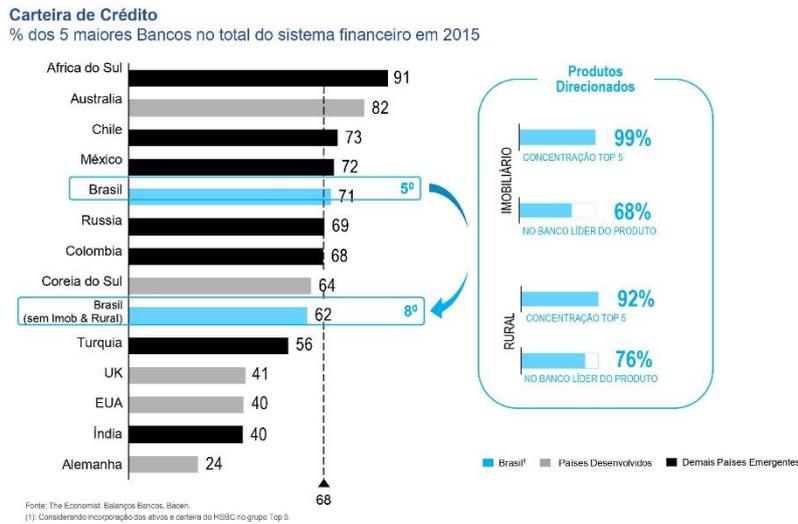
Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 31

A concentração bancária é responsável pelos altos spreads no país?

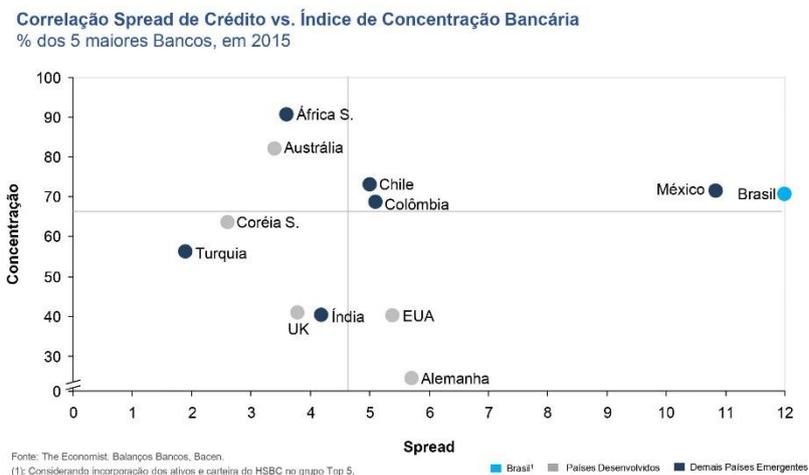
O Brasil encontra-se no 5º lugar entre os países analisados no quesito concentração bancária



Índice de concentração no Brasil é influenciado pela participação dos bancos públicos no crédito direcionado.



Ao compararmos a concentração bancária com o spread de crédito, identificamos baixa correlação entre as métricas.

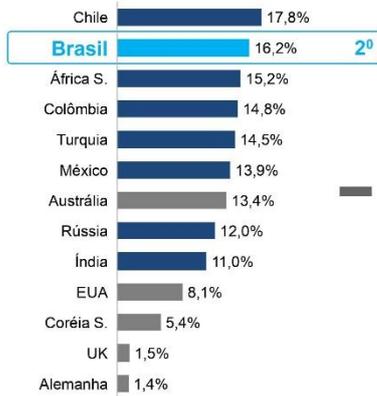


Apesar de spreads mais altos, a rentabilidade dos bancos brasileiros é semelhante a de outros países.

Retorno sobre o Patrimônio Líquido (ROE) dos bancos brasileiros é alinhado ao dos países emergentes. Comparado com a taxa básica de juros de cada país, o ROE do Brasil fica abaixo da média e da maioria dos emergentes.

ROE (Lucro Líquido / PL Médio)

% a.a. Médio 5 anos dos 5 maiores bancos comerciais



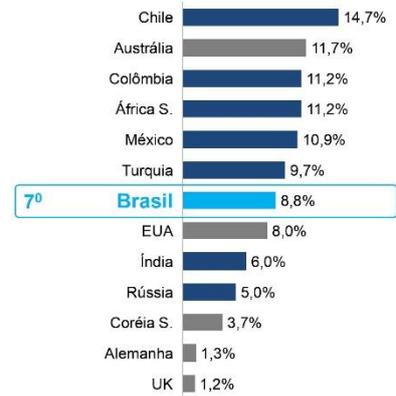
Taxa Básica País pós impostos

% a.a. Média 5 anos. Em moeda local



Retorno Adicional (ROE¹ – Taxa Básica)

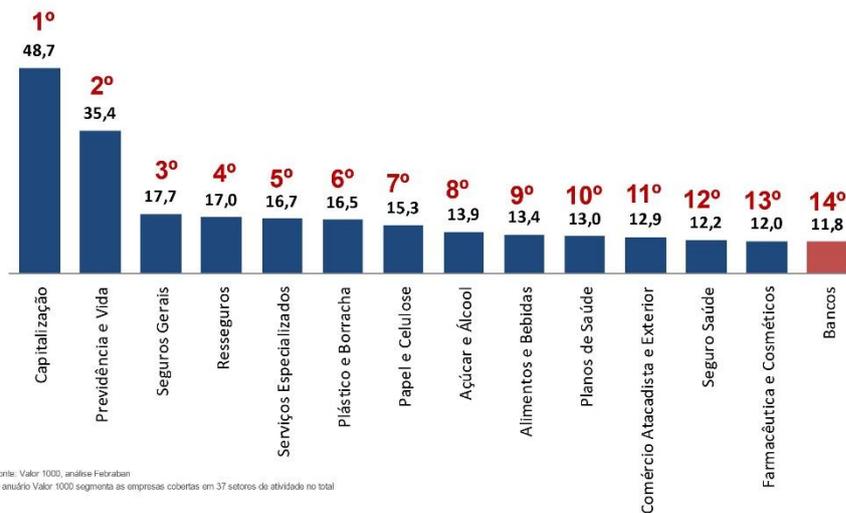
% a.a. Médio 5 anos dos 5 maiores bancos comerciais



■ Brasil ■ Países Desenvolvidos ■ Demais Países Emergentes

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 37

Ranking de Rentabilidade (ROE) - 2016



Fonte: Valor 1000, análise Febraban
O anuário Valor 1000 segmenta as empresas cobertas em 37 setores de atividade no total

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 38

Ranking de Rentabilidade

ROE (%) - 2005	
1º Mineração	45,9
2º Petróleo e Gás	26,3
3º Metalurgia e Siderurgia	26,1
4º Comércio Exterior	24,6
5º Bancos	22,3

ROE (%) - 2006	
1º Mineração	38,2
2º Mecânica	25,2
3º Petróleo e Gás	23,9
4º Metalurgia e Siderurgia	22,9
5º Serviços Especializados	22,6
9º Bancos	19,5

ROE (%) - 2007	
1º Mineração	35,9
2º Veículos e Peças	27,8
3º Mecânica	25,5
4º Serviços Especializados	24,4
5º Bancos	23,6

ROE (%) - 2008	
1º Comércio Atacadista e Exterior	48,3
2º Previdência e Vida	26,6
3º Veículos e Peças	25,0
4º Metalurgia e Siderurgia	22,6
5º Petróleo e Gás	22,6
10º Bancos	19,8

ROE (%) - 2009	
1º Comunicação e Gráfica	38,9
2º Bebidas e Fumo	31,8
3º Veículos e Peças	23,6
4º Previdência e Vida	22,7
5º Capitalização	21,0
15º Bancos	14,6

ROE (%) - 2010	
1º Bebidas e Fumo	32,9
2º Mineração	26,3
3º Veículos e Peças	25,8
4º Previdência e Vida	23,7
5º Materiais de Construção	23,6
12º Bancos	16,1

ROE (%) - 2011	
1º Bebidas e Fumo	31,9
2º Mineração	25,5
3º Capitalização	25,4
4º Previdência e Vida	25,1
5º Comércio Atacadista e Exterior	17,1
8º Bancos	15,6

ROE (%) - 2012	
1º Bebidas e Fumo	34,6
2º Previdência e Vida	25,6
3º Capitalização	24,3
4º Materiais de Construção	15,4
5º Seguros Gerais	15,2
8º Bancos	13,3

ROE (%) - 2013	
1º Previdência e Vida	28,5
2º Capitalização	27,4
3º Bebidas e Fumo	25,7
4º Seguros Gerais	18,9
5º Serviços Especializados	15,6
10º Bancos	13,7

ROE (%) - 2014	
1º Previdência e Vida	35,1
2º Seguros Gerais	18,9
3º Serviços Especializados	17,6
4º Mecânica	17,5
5º Alimentos e Bebidas	16,1
7º Bancos	12,8

ROE (%) - 2015	
1º Capitalização	55,5
2º Previdência e Vida	42,7
3º Seguros Gerais	21,9
4º Serviços Especializados	19,5
5º Alimentos e Bebidas	17,2
6º Bancos	15,8

ROE (%) - 2016	
1º Capitalização	48,7
2º Previdência e Vida	35,4
3º Seguros Gerais	17,7
4º Resseguros	17,0
5º Serviços Especializados	16,7
14º Bancos	11,8

Fonte: Valor 1000 - Ed. 2017

Copyright © 2017 Accenture. Todos os direitos reservados. Proprietário e confidencial. 39

Obrigado!

www.febraban.org.br