

SISTEMAS DE PONTUAÇÃO DE CRÉDITO E ACESSO AO CONSUMO: LIBERDADE DE CONTRATAR E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES CONTRA A DISCRIMINAÇÃO INJUSTA

Bruno Miragem¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os sistemas de pontuação de crédito e o tratamento de dados pessoais dos consumidores; 1.1. A disciplina dos sistemas de pontuação de crédito e os direitos do consumidor; 1.2. Os critérios proibidos expressamente para atribuição de ponto ou nota de crédito; 2. A proibição à discriminação dos consumidores e os sistemas de pontuação de crédito; 2.1. A proteção do consumidor contra a discriminação injusta; 2.2. Discriminação, tratamento de dados e sistemas de pontuação de crédito; Considerações finais

¹ Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito e Sistema Financeiro da UFRGS. Advogado e parecerista.

INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais é tema que hoje concentra a atenção dos juristas em face do desenvolvimento da tecnologia de tratamento de dados e de legislação específica e detalhada sobre a atividade (Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados), recentemente fundamentada no reconhecimento expresso de um direito fundamental à proteção de dados. Neste sentido, dispôs o art. 5º, LXXIX, introduzido pela Emenda Constitucional 115/2022: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” A atividade de tratamento de dados, contudo, não surge com as tecnologias atuais, que a potencializam. No último século, será no domínio da concessão de crédito e do risco de inadimplemento em que se passa a atrair a atenção do direito.²

No direito brasileiro, o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, dispôs sobre os bancos de dados e cadastros de consumidores dando ênfase, em suas disposições, aos limites dos bancos de dados restritivos de crédito, que operavam mediante inscrição dos consumidores inadimplentes.

Contudo, o aperfeiçoamento das técnicas de análise do risco de crédito deu causa ao surgimento de outros modelos de tratamento de dados e sua utilização, como é destacado na disciplina, pela Lei 12.414/2011, dos bancos de dados com informação de adimplemento para formação de histórico de crédito. Neste caso, o tratamento de dados passa a concentrar-se em informações globais sobre o adimplemento das dívidas pelo consumidor, sem prejuízo do registro, igualmente, das hipóteses de inadimplemento, sob o argumento de beneficiar aqueles com histórico de pagamento das suas dívidas no vencimento com taxas de juros mais vantajosas em relação a outros com situações de inadimplemento transitório ou definitivo. Para tanto, inclusive, a Lei 12.414/2011 estendeu o período sobre o qual as informações se referam a quinze anos (art. 14).

Em paralelo, desenvolveram-se novos modelos de avaliação do risco de crédito, alternativos aos tradicionais bancos de dados restritivos, dentre os quais ganham destaque os sistemas de pontuação de crédito, ou *crediscore*. Consistem estes sistemas de pontuação em um método

² Para o exame pormenorizado do tema, remete-se a: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 453 e ss.

de avaliação de risco de crédito mediante técnica estatística para análise de informações do comportamento negocial dos consumidores, mediante atribuição de pontuação individual ao consumidor, segundo certos modelos cuja conformidade indica probabilidade de inadimplemento.³ É método de avaliação com largo desenvolvimento em outros países⁴, a partir de estudos que remontam à primeira metade do século passado⁵, e cuja utilização no Brasil, inicialmente, não contava com previsão legal específica. A Lei Complementar 166/2019, ao alterar a Lei 12.414/2011, introduziu o art. 7º-A, definindo informações que não podem ser utilizadas como “elementos ou critérios para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada em banco de dados” de que trata a lei, implicando – ainda que indiretamente – o reconhecimento da modalidade.

O desenvolvimento e utilização do sistema de pontuação de crédito dá causa, desde sua origem, a questionamentos sobre sua conformidade com a legislação de proteção do consumidor e, adiante, de proteção de dados pessoais; em especial, no tocante aos critérios utilizados para atribuição de pontos e para formação, a partir deles, do juízo sobre a capacidade de pagamento e risco de crédito do consumidor. Ganha destaque, neste particular, o risco de discriminação injusta de consumidores, impedindo, restringindo ou onerando indevidamente seu acesso a produtos e serviços no mercado de consumo a partir de critérios de diferenciação vedados pelo Direito.

A delimitação precisa sobre critérios legítimos de diferenciação e os riscos de discriminação injusta são os objetos do presente estudo. Para tanto, examina-se, inicialmente, as características dos sistemas de pontuação de crédito e sua disciplina jurídica no Brasil e, em seguida,

3 FINLAY, Steven. Credit scoring, response modeling and insurance rating. 2. ed. Palgrave Macmillan 2012, p. 8 e ss.

4 Para um panorama da utilização do sistema de credit scoring e suas bases, veja-se: MAKUSCH, William M. Scoring applications. In: MAYS, Elizabeth (Ed.) Handbook of credit scoring. Chicago: Glenlake Publishing Co., 2001, p. 3 e ss.

5 A origem do sistema de credit scoring costuma-se atribuir ao estudo de David Durand, publicado em 1941 pelo National Bureau of Economic Research, nos Estados Unidos. Veja-se: JOHNSON, R. W. Legal, social and economic issues in implementing scoring in the United States. In: THOMAS, Lyn C.; EDELMAN, David B.; CROOK, Jonathan N. Readings in credit scoring. New York: Oxford University Press, 2004, p. 5 e ss.

os critérios para atribuição de pontuação e sua utilização por fornecedores de crédito, tomando em conta o risco de discriminação injusta.

I. OS SISTEMAS DE PONTUAÇÃO DE CRÉDITO E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES

A avaliação do risco de inadimplemento (risco de crédito) dos consumidores pode ser observada tanto como um direito subjetivo, quanto um dever do fornecedor. Mediante o exercício da autonomia privada e da liberdade de contratar, a decisão do fornecedor na concessão de crédito (seja o empréstimo de dinheiro, a venda a prazo ou o financiamento para aquisição de produtos, ou serviços) é livre, desde que não implique em uma discriminação injusta do consumidor. Vale dizer, a decisão do fornecedor na concessão de crédito deve apoiar-se em critérios objetivos aplicados de modo semelhante a todos os consumidores cuja oferta é dirigida, individualmente considerados ou ao público em geral.

Os sistemas de pontuação de crédito, deste modo, devem auxiliar na formação destes critérios, informando a decisão do fornecedor, que a partir de certa avaliação prossegue ou não na concessão do crédito.

Inicialmente, refira-se que os sistemas de pontuação de crédito implicam o tratamento de dados dos consumidores, atraindo a incidência das disposições da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). No seu art. 7º, ao dispor sobre as hipóteses em que é autorizado o tratamento, prevê no inciso X, “para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.” Ou seja, somam-se à disciplina do tratamento de dados para fins de proteção ao crédito – caso dos sistemas de pontuação de crédito – as disposições pertinentes da legislação específica (Lei 12.414/2018), do Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). As repercussões práticas da incidência em comum destas normas será o de autorizar o tratamento de dados independentemente do consentimento do seu titular e, inclusive, tornar disponível aos consulentes nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas (art. 4º da Lei 12.414/2018), ao tempo em que confere ao titular dos dados o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado (art. 20 da LGPD).

Do mesmo modo, os princípios previstos na LGPD (art. 6º) incidem no tratamento de dados pessoais para fins de atribuição de pontuação ou nota que avalie risco de crédito, cujos limites também encontram regras comuns na Lei 12.414/2018 (art. 7º-A) e do Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, III, 39, VII e 54-D, II).

I.I. A DISCIPLINA DOS SISTEMAS DE PONTUAÇÃO DE CRÉDITO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

No princípio da utilização mais ampla dos sistemas de pontuação de crédito no mercado de consumo brasileiro, a diferença no método de avaliação de risco de crédito em relação aos demais já desenvolvidos, deu causa a litígios judiciais envolvendo questionamentos sobre a necessidade ou não de consentimento do consumidor para este fim, bem como desconhecimento dos critérios que determinavam a atribuição de certa pontuação ou nota. Inicialmente, inclusive, em face destes argumentos, diversas decisões judiciais consideraram abusiva sua utilização, qualificando-os como espécie de sistema oculto de informações, em contradição às disposições do Código de Defesa do Consumidor que asseguram o acesso dos consumidores às informações constantes em bancos de dados. Da mesma forma, destacavam o risco de utilização de informações de forma abusiva, tal como proibido pelo art. 39, VII, do CDC (“repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”), e ainda violação dos artigos 43, *caput* e §§ 1º e 3º, do Código, ao suprimir a possibilidade de acesso do consumidor às informações constantes do banco de dados,⁶ considerando a falta de transparência sobre os critérios para atribuição de nota.

Outro debate se estabeleceu sobre a circunstância de ser o *crediscore* um método de tratamento de dados, ou propriamente um novo banco de dados, a exigir o atendimento dos deveres do gestor para inclusão das informações. E ainda, se era o caso de considerá-lo segundo as características dos bancos de dados previstos na Lei 12.414/2018 – consequentemente autorizando o acesso a informações de adimplemento relativas a período de até 15 anos (art. 14 da Lei 12.414/2011), ou se estariam submetidos

⁶ TJRS, ApCiv 70041827379, 10ª Câm. Civ., j. 07.04.2011, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz; TJRS, ApCiv 70037245461, 9ª Câm. Civ., j. 01.11.2011, rel. Roberto Carvalho Fraga; TJRS, ApCiv 70044482248, 10ª Câm. Civ., j. 29.09.2011, rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana.

ao regime do art. 43 do CDC, podendo, neste caso, dispor de informações limitadas ao período de 5 anos conforme previsto nesta norma.⁷

Estas questões foram então definidas pela jurisprudência, em especial pela decisão do Recurso Especial 1.419.697/RS, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, afetado ao procedimento dos recursos repetitivos,⁸ uma vez que enfrentava questão envolvendo milhares de ações promovidas sob o fundamento de ilicitude do sistema de pontuação de crédito. As teses assentadas a partir da decisão do STJ no caso, então, foram: “1) O sistema “*credit scoring*” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art.5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “*credit scoring*”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.”

Da mesma forma, teve origem na decisão a Súmula 550 do STJ, que refere: “A utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos

⁷ TJRS, ApCiv 70051259232, 9ª Câm. Civ., j. 08.10.2012, rel. Marilene Bonzanini Bernardi.

⁸ STJ, REsp 1419697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12.11.2014, DJe 17.11.2014.

sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.”⁹

Observa-se, dentre as conclusões do julgado, que o sistema de pontuação de crédito (*scoring*) não foi considerado como espécie distinta de banco de dados, senão como metodologia de utilização das informações já arquivadas em bancos de dados pré-existentes (tratamento de dados). A licitude indicada pela decisão concentra-se na finalidade de avaliação do risco de crédito, previsto nos arts. 5º, IV e 7º, I, da Lei 12.414/2011. A referência à Lei 12.414/2011 pode fazer crer que a decisão o tenha qualificado como espécie de banco de dados prevista nesta lei, ou seja, sobre informações de adimplemento e histórico de crédito. Será neste sentido que a Lei Complementar nº 166/2019 incluiu na Lei 12.414/2011, o art. 7º-A, proibindo a consideração de certos elementos e critérios para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada, implicando, por outro lado, o reconhecimento do modelo de tratamento de dados.

Refira-se que antes da existência de referência legal expressa aos sistemas de pontuação de crédito (*credit scoring*), cogitava-se de aplicação analógica do art. 43 do CDC, que disciplina os bancos de dados restritivos de crédito, e nesses termos, a exigência de prévia notificação do consumidor. A inserção do art. 7º-A à Lei 12.414/2011 o incluiu no regime desta legislação, afastando a discussão, em termos legais, sobre eventual exigência de prévia notificação ou assentimento do consumidor para tratamento dos dados, bastando a comunicação pelo gestor do banco de dados, nos termos definidos no art. 4º da Lei 12.414/2011, na nova redação conferida pela Lei Complementar nº 166/2019. Trata-se de conclusão coerente com o que já havia decidido o STJ no Recurso Especial 1.419.697/RS, que afastou a exigência de consentimento do consumidor - que, à época, era exigido também pela Lei 12.414/2011 -, embora assegurando o direito de acesso a informações e esclarecimentos sobre as fontes dos dados considerados para formação do histórico de crédito, bem como as informações pessoais cuja avaliação determinou certa pontuação.

⁹ Súmula 550, 2ª Seção, j. 14.10.2015, DJe 19.10.2015.

1.2. OS CRITÉRIOS PROIBIDOS EXPRESSAMENTE PARA ATRIBUIÇÃO DE PONTO OU NOTA DE CRÉDITO

O art. 7º-A, incisos I a III, da Lei 12.414/2011, com a redação que lhe determinou a Lei Complementar 166/2019, dispõe:

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

I - que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas;

II - de pessoas que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica; e

III - relacionadas ao exercício regular de direito pelo cadastrado, previsto no inciso II do caput do art. 5º desta Lei.

Os limites fixados na norma, claramente relacionam-se com princípios que informam o tratamento de dados pessoais, a saber, da finalidade, necessidade e adequação, bem como para evitar eventual discriminação injusta. Da mesma forma, não tem caráter exaustivo, uma vez incidir sobre este tratamento de dados para fins de proteção e crédito não apenas a norma específica, mas também a LGPD e o CDC.¹⁰ O art. 7º-A, I, da Lei 12.414/2011, deste modo, tem sua interpretação associada aos arts. 2º, IV, e 6º, I, II, III e IX, da LGPD. Tratam-se, ademais, de dados pessoais sensíveis, segundo definição do art. 5º, II, da LGPD, cujo tratamento observa hipóteses restritas (art. 11 da LGPD).

Também em relação ao inciso II do art. 7º-A, da Lei 12.414/2011 há evidente vinculação aos princípios fundamentais do tratamento de dados pessoais. Afinal, a atribuição de nota ou pontuação a uma determinada pessoa não pode ser influenciada ou determinada com critérios vinculados a outros, apenas nos casos em que tenham com ela relação de parentesco de primeiro grau ou dependência econômica. O caráter excessivo de tratamento que contemple esta situação revela-se no vínculo que porventura se pretenda realizar entre situação ou comportamento de pessoas terceiras em relação àquele que deva obrigar-se pela dívida, podendo afetar, inclusive a privacidade ou intimidade do próprio consumidor interessado no crédito ou de seus parentes.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 457.

Já em relação à vedação prevista no inciso III do referido artigo a proibição associa-se à proteção do consumidor titular dos dados em relação à discriminação injusta, que resultaria de sanção a qualquer exercício regular do direito. Note-se, contudo, que a hipótese legal é restrita, ao se referir apenas ao exercício de direito de acesso do titular às informações constantes no banco de dados. Destaque-se, pois, que a proibição de discriminação pelo exercício regular de direitos é efeito que resulta de um princípio da boa-fé e proibição ao abuso decorrente do sistema geral (arts. 187 do Código Civil). No âmbito das relações de consumo, o art. 39, IX, do CDC, prevê como prática abusiva “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”. Nestes termos, o caráter depreciativo ou prejudicial resulta do modo como é utilizada a informação – caso do tratamento de dados do qual resulte atribuição de nota ou pontuação por este critério.

A dificuldade prática de exame da conformidade do tratamento de dados nos sistemas de pontuação de crédito em relação aos limites definidos pelo art. 7º-A da Lei 12.414/2011 resulta na própria transparência do gestor do banco de dados (controlador ou operador) sobre os critérios utilizados e sua repercussão sobre a atribuição de nota ou pontos ao consumidor.

Os §§ 1º e 2º do mesmo artigo ocupam-se de assegurar o atendimento deste dever de transparência, seja exigindo que o gestor do banco de dados torne disponível 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”, seja definindo que a transparência de sua política deva ser objeto de verificação “na forma de regulamentação a ser expedida pelo Poder Executivo.” Trata-se de medidas de transparência ativa, já apontadas pela jurisprudência (Súmula 550 do STJ), mas que carecem, ainda, de implementação.

O que se destaca no sistema de pontuação contudo, a partir dos critérios para atribuição de nota ou pontos, e sua aplicação concreta, em ponderação de todos os elementos e critérios, e o modelo estatístico do qual resulte a avaliação, é o risco de discriminação de consumidores, objeto de vedação legal, e instrumentos, tanto no domínio do direito do consumidor, quanto na disciplina do tratamento de dados pessoais.

2. A PROIBIÇÃO À DISCRIMINAÇÃO DOS CONSUMIDORES E OS SISTEMAS DE PONTUAÇÃO DE CRÉDITO

A proibição de utilização de certas informações nos sistemas de pontuação de crédito, pela inclusão do art. 7º-A na Lei 12.414/2011, justifica-se pelo propósito de impedir a discriminação de consumidores, sobretudo pela restrição à dados sensíveis, não relacionados diretamente à finalidade do tratamento ou ainda, de modo abusivo, prejudicar o exercício regular de direitos pelo consumidor. Visa, portanto: a) a adequação entre as informações utilizadas e a finalidade de análise de crédito; b) a proibição de discriminação segundo critérios proibidos pela Constituição da República; c) a proibição de discriminação ou prejuízo ao consumidor em razão do exercício regular do seu direito (a exemplo do que já é considerado como prática abusiva nas relações de consumo).

Todavia, não se trata de enumeração exaustiva. A disciplina dos sistemas de pontuação de crédito, como de resto, dos bancos de dados de proteção ao crédito, embora submetidos à legislação específica, não afastam as normas sobre tratamento de dados pessoais (em especial a LGPD) e de proteção do consumidor (CDC). Em especial, para prevenir a discriminação de consumidores, um dos aspectos de maior repercussão no tocante ao tratamento de dados pessoais no âmbito das relações de consumo.

2.1. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA A DISCRIMINAÇÃO INJUSTA

O reconhecimento dos direitos do consumidor fundamenta-se no reconhecimento de uma desigualdade fática na relação de consumo que se estabelece com o fornecedor. Presume-se, como se sabe, a vulnerabilidade de um, em face do maior poder negocial do outro. Daí a célebre referência à fórmula aristotélica de que se devem tratar os iguais de modo igual, e os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade. Daí resultam o reconhecimento da sua vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC) e a necessidade de sua proteção pelo Estado (art. 5º, XXXII, da Constituição da República).¹¹

¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 55 e ss.

O conteúdo desta proteção, por sua vez, é variável, considerando sempre o interesse do consumidor ao acesso a produtos e serviços – cuja natureza imediata é patrimonial, porém não exclui o interesse existencial de própria subsistência.

O interesse de acesso a produtos e serviços pode ser lesado em face de conduta do fornecedor que o impeça ou restrinja a partir de critérios vedados pela ordem jurídica, dando causa a uma discriminação injusta – e por isso intolerável pelo Direito. Note-se: há distinções e classificações admitidas, qualificadas pelo próprio exercício da liberdade negocial. Nestes limites está a liberdade do fornecedor de não conceder crédito a quem esteja regularmente inscrito em bancos de dados de informações restritivas, nos termos do art. 43 do CDC. Do mesmo modo, nos sistemas de pontuação de crédito, é admissível que o fornecedor se utilize de certo limite para informar suas decisões de concessão ou não do crédito, ou ainda sua extensão.

A proibição a discriminação injusta de consumidores associa-se a critérios gerais. No direito brasileiro, a proibição à discriminação (artigo 3º, IV, CF/88) e a igualdade entre homens e mulheres “em direitos e obrigações” são expressas e solenemente afirmadas na Constituição da República (artigo 5º, I).¹² O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, assegura como princípios a liberdade de escolha do consumidor e a igualdade nas contratações (artigo 6º, II), cujo sentido e alcance supõem a incidência das normas que proíbem a discriminação.

Em sentido amplo, são merecedores de proteção contra discriminação grupos que: a) se sujeitam histórica e intencionalmente a um tratamento desigual pela maioria; b) são vítimas de um processo de estigmatização; c) são objeto de preconceito e hostilidade difusos; d) recebem tratamento desigual decorrente de estereótipos sobre suas capacidades; e) constituem parcela minoritária e pouco expressiva, com participação política seriamente prejudicada; f) têm nas características próprias, imutáveis, (ou muito dificilmente modificáveis) e constituintes de sua identidade, o fundamento da diferenciação; e g) apresentam,

¹² A proibição constitucional à discriminação injusta projeta-se, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade de leis que a promovam ou expressem (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, DJE de 11/05/2016), bem como ao favorecer a punição dos crimes que a favoreçam (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, DJ de 19/03/2004).

como causa da discriminação, uma característica irrelevante para sua participação positiva na sociedade.¹³

Esses critérios são indissociáveis de certa compreensão histórico-cultural, que fazem com que tais fatores sirvam, em determinado estágio, a promover a discriminação injusta. No direito alemão, a Lei Geral de Igualdade de Tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), de 2006, proíbe a diferenciação por raça, origem étnica, gênero, religião ou crença, deficiência, idade e identidade sexual (§ 1º). Seu âmbito de aplicação envolve, entre outros, o acesso e fornecimento de bens e serviços ao público, incluindo habitação (§ 2º). Admite-se, contudo, a possibilidade de diferenciação por critérios objetivos, sem que se caracterizem como discriminação injusta (§ 20).

Como já se teve oportunidade de afirmar,¹⁴ a livre iniciativa econômica assegurada pela Constituição é delimitada pela proibição à discriminação injusta. No âmbito dos contratos de consumo, o exercício da autonomia privada, especialmente por intermédio da liberdade de contratar, será conformado pela legislação. Não há, em abstrato, como se obrigar alguém a celebrar contrato com outra pessoa. Contudo, se alguém se dispõe a ofertar no mercado produtos e serviços, a recusa de contratar deve fundar-se em motivo legítimo. Outra situação é a relativa à diferenciação sobre o conteúdo do contrato, como ocorre em relação à prática de preços ou condições distintas entre consumidores, quando motivada por critério subjetivo, depreciativo de uma das partes. É o que pode ocorrer, por exemplo, no caso da diferenciação de preços entre homens e mulheres, se ela não estiver fundada em critérios legítimos.¹⁵

Duas são as situações fundamentais a ser consideradas para identificar a extensão da proteção contra a discriminação. A primeira é a recusa imotivada de contratação com o consumidor, o que é expressamente

13 RIOS, Roger Raupp. *Direito antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

14 MIRAGEM, Bruno. Discriminação injusta e o direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *O direito do consumidor no mundo em transformação: 30 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2020, p. 204.

15 Assim, por exemplo, no direito comunitário europeu, diretiva específica sobre o tema estabelece que a diferenciação só será admitida “se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objetivo legítimo e os meios para atingir esse objetivo forem adequados e necessários” (artigo 4º, item 5, da Diretiva 2004/113/CE).

proibida pelo art. 39, II, do CDC, como espécie de prática abusiva. A segunda é a diferenciação quanto às condições da contratação, sem que exista critério objetivo legítimo que a justifique. Nesse caso, será objeto de divergência, precisamente, o critério da distinção entre consumidores diversos. Além da recusa de contratar sem razão legítima, o CDC prevê como prática abusiva “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos” (art. 39, VII). No caso dessa informação ser utilizada como critério para a diferenciação do consumidor, será o caso de discriminação injusta.¹⁶

Ou seja, a *recusa e diferenciação das condições de contratação*, diretamente afetadas pela utilização de sistemas de pontuação de crédito, poderão ser consideradas discriminatórias quando os critérios utilizados, ou sua ponderação, possam dar causa a situações prejudiciais aos consumidores.

2.2. DISCRIMINAÇÃO, TRATAMENTO DE DADOS E SISTEMAS DE PONTUAÇÃO DE CRÉDITO

Os sistemas de pontuação de crédito têm a finalidade, conforme se referiu, de atribuir nota ou pontos ao consumidor mediante ponderação de critérios adotados no exame do seu comportamento pretérito no adimplemento, ou não de obrigações ajustadas. Trata-se de um sistema prospectivo, com fundo estatístico, que se utiliza de estratégias de programação para avaliar fatores apreendidos da realidade ou a partir de modelos ideais, para, então, lhes conferir certa pontuação. A interpretação desta pontuação ou o modo como ela será utilizada para informar as decisões do fornecedor de crédito não estão necessariamente vinculadas ao sistema. Pode-se definir certa pontuação para decisão de contratar ou não, ou como contratar. Aqui há decisão que pode ser totalmente livre ao fornecedor ou, da mesma forma, ser subsidiada pelo sistema, por intermédio de recomendações ou instruções.

¹⁶ A regra do art. 39, VII, do CDC, tem o objetivo de impedir a formação das denominadas “listas negras” de consumidores, criando embaraço para o exercício regular do direito. Caso em que, conforme já mencionamos, “nada impede a inversão do ônus da prova quando as circunstâncias do caso o autorize, indicando ao fornecedor que recusa fornecimento – e de que se suspeita basear-se em uma “lista negra” – que seja instado a demonstrar as razões objetivas que determinaram a recusa da contratação ou a inadequação do consumidor a um determinado padrão de contratação admissível.” MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 404.

Ou ainda totalmente automatizada, de modo que o sistema não se restringe a atribuir pontuação, mas a partir dela, adotar decisão dirigida à concessão ou não do crédito ao consumidor.

Tratando-se da concessão de crédito para o consumo, há um dever dos fornecedores de analisar, previamente à contratação, a capacidade de pagamento do consumidor – “análise de crédito”. Neste sentido dispõe o art. 54-D, II, do CDC, o dever do fornecedor de “avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados”.

Avaliar compreende a discricionariedade na contratação. Não é discriminatório, por si, a negativa, ou diferentes ponderações entre o custo e o risco da contratação. Há nisso, inclusive, o dever de prevenção ao superendividamento. Todavia, trata-se da pertinência de critérios e a finalidade de proteção quanto aos riscos de inadimplemento e sua transparência frente ao consumidor.

A transparência e clareza sobre os critérios adotados é condição para controle sobre a adequação do sistema de pontuação de crédito. A finalidade do tratamento sempre deve ser informada ao titular dos dados; deve haver compatibilidade entre o tratamento e a finalidade informada, ficando limitado ao seu atendimento. Este é o trinômio de finalidade, adequação e compatibilidade. Neste sentido destacou-se a própria decisão do STJ, anterior à edição da LGPD – Recurso Especial 1.419.697/RS.¹⁷ Por outro lado, ao decidir o Recurso Especial 1.304.736/RS, o STJ definiu a tese de que “em relação ao sistema *credit scoring*, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema *Scoring*”.¹⁸

17 STJ, REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12/11/2014, Dje 17/11/2014.

18 “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CREDIScore. INTERESSE DE AGIR. DEMONSTRAÇÃO DE QUE A RECUSA DE CRÉDITO OCORREU EM RAZÃO DA FERRAMENTA DE SCORING, ALÉM DE PROVA DO REQUERIMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL E SUA NEGATIVA

A avaliação de crédito, neste sentido, compreende o exame de critérios que possam informar sobre a probabilidade de comportamento futuro do tomador do crédito em relação ao atendimento espontâneo do dever de adimplir a prestação contratada. Para esta finalidade apenas se justifica a consideração de critérios que comprovadamente influenciem neste sentido. Exige-se, pois, causalidade entre os critérios e a ponderação feita. Por outro lado, o tratamento de dados pessoais não lida somente com juízos de causalidade, mas também com correlações. Em relação a estas, demonstrações estatísticas sobre determinada realidade podem conduzir a inferências sobre a probabilidade de eventos futuros.

Daí a afirmação de um *princípio da não discriminação*, consagrado na própria lei como a “[...] impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos” (art. 6º, IX). Seu significado parte do conceito de que as vantagens do processamento dos dados pessoais para maior precisão da segmentação e personalização dos consumidores no mercado não podem servir para prejudicar, restringir ou excluir qualquer consumidor da possibilidade de acesso ao consumo.

OU OMISSÃO. 1. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.419.697/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos, definiu que, no tocante ao sistema scoring de pontuação, “apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas” (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014). 2. Assim, há interesse de agir para a exibição de documentos sempre que o autor pretender conhecer e fiscalizar documentos próprios ou comuns de seu interesse, notadamente referentes a sua pessoa e que estejam em poder de terceiro, sendo que “passou a ser relevante para a exhibitória não mais a alegação de ser comum o documento, e sim a afirmação de ter o requerente interesse comum em seu conteúdo” (SILVA, Ovídio A. Batista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2009, fl. 376). 3. Nessa perspectiva, vem a jurisprudência exigindo, sob o aspecto da necessidade no interesse de agir, a imprescindibilidade de uma postura ativa do interessado em obter determinado direito (informação ou benefício), antes do ajuizamento da ação pretendida. 4. Destarte, para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: “Em relação ao sistema credit scoring, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema Scoring”. 5. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (STJ, REsp 1304736/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 24/02/2016, DJe 30/03/2016)

O tratamento de dados pessoais não pode ser realizado para fins discriminatórios ou abusivos. Para tanto, inclusive, define-se disciplina específica ao tratamento dos dados sensíveis (art. 11 da LGPD), pelo risco maior que, da sua utilização, resulte discriminação. Já se observou, contudo, que a interpretação constitucionalmente adequada da norma deve compreender a proibição não apenas da finalidade discriminatória ou abusiva, mas também quando o resultado do tratamento de dados possa dar causa à discriminação. A proibição da discriminação injusta não se limita apenas ao comportamento que se dirige a discriminar, senão também em qualquer situação na qual ela é resultado de uma determinada conduta.¹⁹

É o exemplo da utilização da raça dos consumidores (*racial profiling*),²⁰ ou do sexo, para, mesmo frente a demonstrações estatísticas, autorizar o uso de critério para atribuir nota ou pontuação correspondentes, considerando que não há uma relação de causalidade entre estes fatores e maior capacidade ou disposição para o pagamento de dívidas. Neste sentido, a identificação de um fato pretérito não autoriza *per se* juízo de causalidade entre certo critério e o resultado identificado. No exemplo, porque mais mulheres foram adimplentes em certo intervalo histórico, não significa que o mesmo fato se reproduza com regularidade no futuro. Por outro lado, a utilização deste mesmo critério pode servir para discriminação no futuro.

Afinal, dados estatísticos revelam uma realidade passada, podendo, inclusive, reforçar estereótipos sem demonstrar uma relação de causalidade entre os dados fáticos e as inferências realizadas. Uma realidade discriminatória passada, traduzida em algoritmo de um sistema de pontuação de crédito, reproduz riscos que eventualmente não sejam definidos como tal, porque não guardam relação de causalidade ou perenidade em relação ao critério adotado para ponderação.

Neste caso, tem-se a denominada discriminação algorítmica, que pode resultar também de certa associação promovida pelo próprio sistema que busca associar eventos medidos e um determinado fim.²¹ Neste senti-

19 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 175.

20 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213.

21 MILLER, Clair Cain. *When algorithms discriminate*. July, 9, 2015. <https://www.nytimes.com/2015/07/10/upshot/when-algorithms-discriminate.html>. [Acesso em

do, a discriminação algorítmica tanto resulta de erro estatístico, quanto da indevida generalização de suas conclusões, pelo uso de informações sensíveis, ou por dar causa à limitação de direitos. Destaque-se, nos sistemas de pontuação de crédito, a *discriminação por generalização* seria caracterizada pelo erro de classificação de determinadas pessoas em grupos cujas características não lhe podem ser reportadas. Ainda, refira-se à *discriminação pelo uso de informações sensíveis*, resulta em situações nas quais, embora se baseiem em demonstrações estatísticas corretas, fixam-se a partir da utilização de critérios não autorizados (o exemplo citado será o da avaliação e crédito baseados na orientação religiosa do consumidor, o que é expressamente vedado por lei). Por fim, a *discriminação limitadora de direitos* resulta na definição de que, embora a avaliação estatística esteja correta, seu resultado se revele discriminatório pelo grau de afetação/sacrifício de um direito.²²

Nos sistemas de pontuação de crédito, estudos já destacaram a disparidade de notas atribuídas aos mesmos consumidores, dando conta de um certo caráter arbitrário da eleição ou sopesamento de critérios para o resultado final.²³ Considerando que tais diferenças podem implicar na decisão de contratação ou não, também daí pode resultar uma discriminação proibida.

Neste sentido, ao lado das hipóteses em que se determinam critérios ou informações com utilização proibida por característica pessoal do titular (informações sensíveis, art. 3º, §3º c/c art. 7º -A, da Lei 12.414/2011) ou pelo evento a que correspondam (exercício regular de direito, art. 39, VII, do CDC, ou art. 21 da LGPD), o tratamento de dados discriminatório resulta não apenas de finalidade perseguida pelo fornecedor, mas do próprio resultado do tratamento de dados. Nestes termos, é proibido não apenas o tratamento com fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos (art. 6º, IX, da LGPD), mas aquele que tenha um resultado discriminatório.

Neste particular, em relação ao exercício regular de direitos, destacam-se as informações relativas a eventuais ações judiciais promovidas

10 de julho de 2020].

²² MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Revista Direito Público*, v. 16, n. 90. Porto Alegre: Síntese, nov.-dez. 2019, p. 39-64.

²³ CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, v. 89 (1), 2014: 1-33, p. 12.

pelo titular dos dados, questionando a validade ou eficácia de contratos de crédito pretéritos, ou pretendendo renegociação. Não há dúvida sobre a relevância destas informações para compreensão do comportamento pretérito do tomador do crédito e projeção do risco futuro de adimplemento. Todavia, afora o reconhecimento expresso do exercício abusivo do direito de demanda, presume-se regular o exercício de pretensões em juízo, independentemente de sua eventual procedência. Daí a questão se, frente ao que dispõe os arts. 39, VII, do CDC, e 21 da LGPD, tais informações podem ser objeto de tratamento de dados para o fim de atribuição de pontuação ao consumidor.

Da mesma forma, destaca-se hoje a discussão sobre a possibilidade e eventual limite a ofertas dos próprios gestores de bancos de dados (controladores de dados), de serviços para melhora da nota/pontuação atribuída ao consumidor. Neste sentido a questão relativa à oferta da oportunidade de adimplemento de dívidas prescritas para efeito de melhora da pontuação conferida ao consumidor. Neste caso, o modelo funda-se na diferença de disciplina sobre prazos de informação entre os bancos de dados restritivos de crédito (art. 43 do CDC) e os regulados pela Lei 12.414/2011, que podem utilizar informações de um intervalo de até 15 anos. No caso, pergunta-se se dívidas prescritas, que não podem ser mais objeto de cobrança, podem ter seu adimplemento oferecido pelo gestor do banco de dados (controlador) ou pelo próprio fornecedor, com o propósito de melhorar a nota de crédito nos sistemas de pontuação, o que pode ser percebido como um serviço prestado ao consumidor ou, por outro lado, burla ao limite temporal para exigibilidade da dívida fixado pela lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas de pontuação de crédito, admitidos no direito brasileiro, tem sua disciplina comum resultante da Lei 12.414/2011, da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e do Código de Defesa do Consumidor. Deste regime resulta uma proibição à discriminação injusta de consumidores por intermédio da atribuição de nota ou pontos a partir de critérios irrelevantes para a identificação do risco de crédito, ou que não demonstrem qualquer relação de causalidade com sua verificação, abstrata ou concretamente.

Associa-se a proibição de utilização de dados sensíveis sem relação direta com o risco de crédito – dado seu potencial caráter ofensivo à

personalidade – e de informações relativas ao exercício regular de direitos pelo consumidor. Para tanto, o art. 7º-A da Lei 12.414/2011 tem sua interpretação e aplicação em conjunto com o art. 6º, IX, da LGPD e dos arts. 39, II e VII, do CDC.

Reflete-se nos sistemas de pontuação de crédito, assim, o risco de discriminação algorítmica, por tratamento de dados efetuado a partir de ponderação de critérios isoladamente neutros, mas cujo resultado seja prejudicial ao consumidor. Isso pelo fato de restringir ou tornar mais oneroso seu acesso ao crédito, ao informar ou determinar decisão desvinculada de fundamentação lógica que permita projetar dados preteritos com o comportamento futuro do consumidor, de incremento do risco de inadimplemento.

O exercício da liberdade de contratação/concessão de crédito, mediante utilização de sistemas de pontuação de crédito deverá observar, neste sentido, os limites estabelecidos para o tratamento de dados que realizam, mediante critérios objetivos e pertinentes, sob pena de ser considerado abusivo ou ilícito, dando causa às sanções legais daí resultantes.

Copyright © 2022 by Editora Letramento

Copyright © 2022 by Juliana Oms

Diretor Editorial | Gustavo Abreu

Diretor Administrativo | Júnior Gaudereto

Diretor Financeiro | Cláudio Macedo

Logística | Vinícius Santiago

Comunicação e Marketing | Giulia Staar

Assistente de Marketing | Carol Pires

Assistente Editorial | Matteos Moreno e Sarah Júlia Guerra

Designer Editorial | Gustavo Zeferino e Luís Otávio Ferreira

Ficha Técnica - Idec

Direção Executiva | Carlota Aquino

Coordenação e organização | Juliana Oms

Revisão técnica | Juliana Oms, Larissa Rosa e Marina Siqueira

Supervisão | Igor Rodrigues Britto, Geórgia Carapetkov, Daniel Torres

Contribuições | Camila Leite Contri, Luã Fergus, Fernando Gentil, Ione Amorim

Essa obra foi publicada com apoio financeiro da Fundação Open Society

CONSELHO EDITORIAL JURÍDICO

Alessandra Mara de Freitas Silva

Alexandre Morais da Rosa

Bruno Miragem

Carlos María Cárcova

Cássio Augusto de Barros Brant

Cristian Kiefer da Silva

Cristiane Dupret

Edson Nakata Jr

Georges Abboud

Henderson Fürst

Henrique Garbellini Carnio

Henrique Júdice Magalhães

Leonardo Isaac Yarochevsky

Lucas Moraes Martins

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo

Onofre Alves Batista Júnior

Renata de Lima Rodrigues

Salah H. Khaled Jr

Willis Santiago Guerra Filho.

Obra Licenciada em Creative Commons

Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Idec

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

C758	O consumidor na era da pontuação de crédito / Bárbara Prado Simão [et al.], organizado por Juliana Oms. - Belo Horizonte, MG : Casa do Direito, 2022. 354 p. ; 15,5cm x 22,5cm.
	Inclui bibliografia. ISBN: 978-65-5932-231-2
	1. Direito 2. Direito do consumidor. 3. Pontuação de crédito. I. Simão, Bárbara Prado II. Kremer, Bianca III. BR Data IV. Miragem, Bruno V. Marques, Claudia Lima VI. Machado, Henrique Felix de Souza VII. Britto, Igor Rodrigues VIII. Amorim, Ione IX. Oms, Juliana X Dowbor, Ladislau XI. Pereira, Laudelina XII. Bessa, Leonardo Roscoe XIII. Mattuzzo, Marcela XIV. Luciano, Maria XV. Souza, Michel Roberto Oliveira de XVI. Zanata, Rafael A. F. XVII. Vilarino, Ramon XVIII. Monteiro, Renato Leite XIX. Wada, Ricardo Morishita XX. Troster, Roberto Luis XXI. Cruz, Sinuhe Nascimento e XXII. Silva, Tarcizio XXIII. Silveira, Victor Doering da XIX. Título.
2022-2799	CDD342.5 CDU 347.451.031

Elaborado por Wagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito do consumidor 342.5
2. Direito do consumidor 347.451.031



Rua Magnólia, 1086 | Bairro Caiçara
Belo Horizonte, Minas Gerais | CEP 30770-020
Telefone 31 3327-5771

editoraletramento.com.br

contato@editoraletramento.com.br



CASA DO DIREITO
é o selo jurídico do Grupo
Editorial Letramento

editoracasadodireito.com