

# O LEGÍTIMO INTERESSE NA LGPD: QUADRO GERAL E EXEMPLOS DE APLICAÇÃO

Texto de Discussão 01/2021

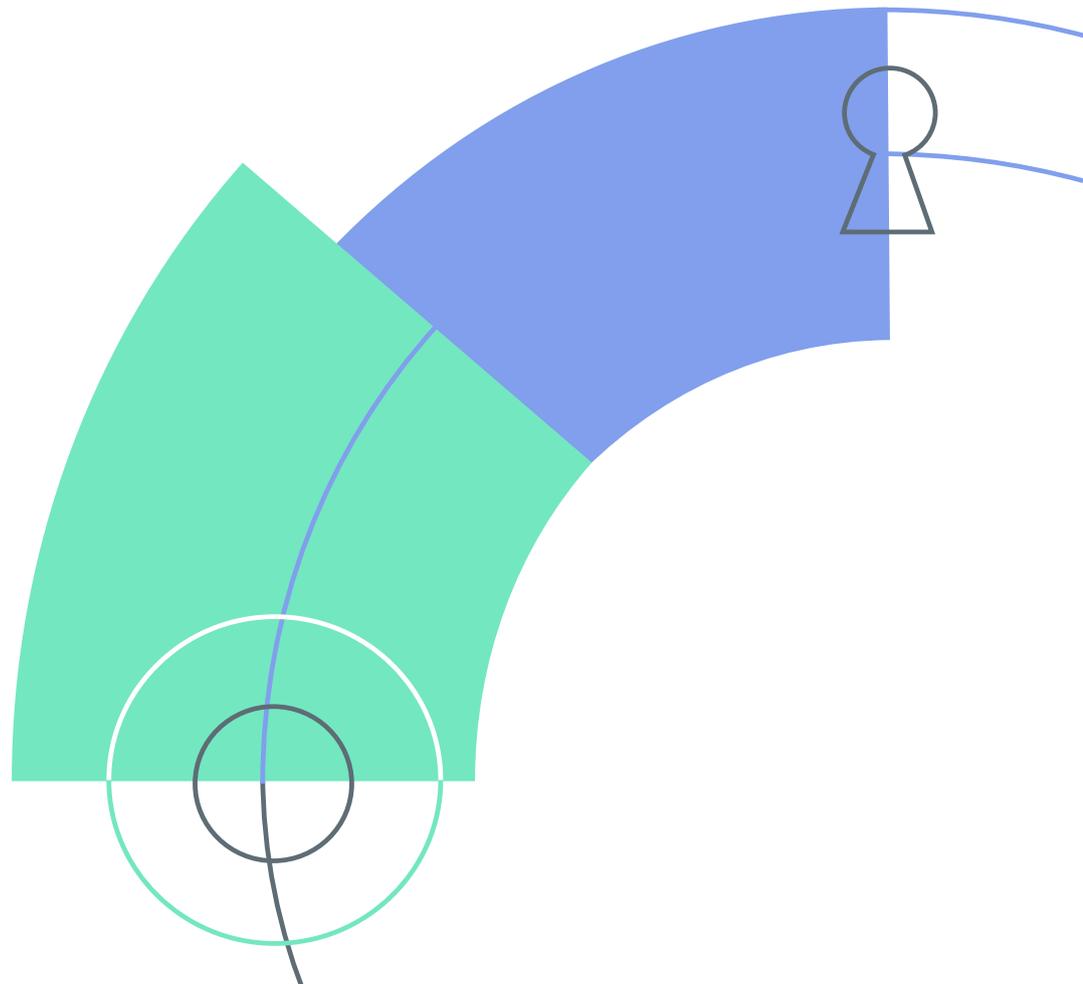
Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa

## AUTORES

Bruno Ricardo Bioni  
Mariana Rielli  
Marina Kitayama

## REVISÃO

Aline Herscovici



# INFORMAÇÕES INSTITUCIONAIS

O Data Privacy Brasil é um espaço de intersecção entre a escola Data Privacy Ensino e a entidade civil Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. Este relatório foi produzido exclusivamente pela Associação. A Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa é uma entidade civil sem fins lucrativos sediada em São Paulo. A organização dedica-se à interface entre proteção de dados pessoais, tecnologia e direitos fundamentais, produzindo pesquisas e ações de incidência perante o sistema de Justiça, órgãos legislativos e governo. A partir de uma Política de Financiamento Ético e Transparência, a associação desenvolve projetos estratégicos de pesquisa em proteção de dados pessoais, mobilizando conhecimentos que podem ajudar reguladores, juízes e profissionais do direito a lidar com questões complexas que exigem conhecimento profundo sobre como tecnologias e sistemas sócio-técnicos afetam os direitos fundamentais. A Associação possui financiamento de filantropias internacionais como Ford Foundation, Open Society Foundations e AccessNow. Para mais informações, visite [www.dataprivacybr.org](http://www.dataprivacybr.org).

## Diretores

Bruno Bioni e Rafael Zanatta

## Líder de projetos

Mariana Rielli

## Coordenadora de incidência

Bruna Martins dos Santos

## Coordenadoras de pesquisa

Daniela Eilberg  
Izabel Nuñez

## Pesquisadores e jornalistas

Aline Hercocivi  
Aiuri Rebello  
Brenda Cunha  
Eduardo Goulart  
Gabriela Vergili  
João Paulo Vicente  
Júlia Mendonça  
Helena Secaf  
Iasmine Favaro  
Marcelo Soares  
Marina Kitayama  
Pedro Saliba  
Thais Aguiar

## Como citar este documento

BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. O Legítimo Interesse na LGPD: quadro geral e exemplos de aplicação. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.

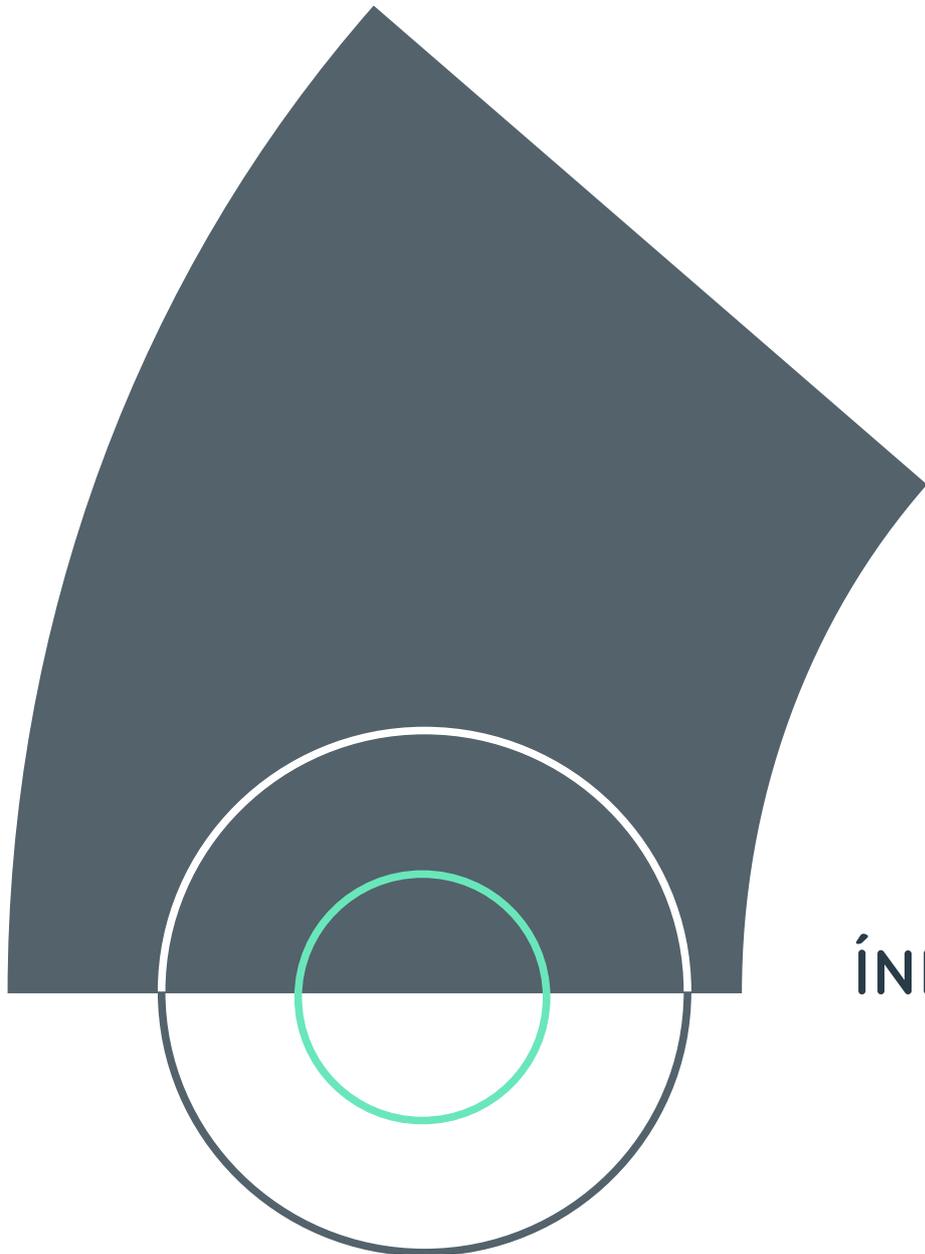
## Licença

*Creative Commons*

É livre a utilização, circulação, ampliação e produção de documentos derivados desde que citada a fonte original e para finalidades não comerciais.

## Imprensa

Para esclarecimentos sobre o documento e entrevistas, entrar em contato com a Associação pelo e-mail [imprensa@dataprivacybr.org](mailto:imprensa@dataprivacybr.org)



## ÍNDICE DE SIGLAS

**ABMED:** Associação Brasileira de Marketing Direto

**ANPD:** Autoridade Nacional de Proteção de Dados

**CCT:** Comissão de Ciência e Tecnologia

**RGPD:** Regulamento Geral de Proteção de Dados, do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (no original, General Data Protection Regulation)

**IA:** Inteligência Artificial

**IP:** Internet Protocol (Protocolo de Internet)

**LAI:** Lei de Acesso à Informação

**LGPD:** Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

**LIA:** Legitimate Interest Assessment (Teste de Legítimo Interesse)

**OCDE:** Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

**PL:** Projeto de Lei

**PLS:** Projeto de Lei de Iniciativa do Senado

**PPE:** Pessoa Politicamente Exposta

**RGPD:** Regulamento Geral de Proteção de Dados

**RN:** Recomendação Normativa

**UE:** União Europeia

**VPN:** Virtual Private Network (Rede Privada Virtual)

# SUMÁRIO EXECUTIVO

Este documento de análise é resultado dos esforços de pesquisa<sup>1</sup> do Observatório da Privacidade e Proteção de Dados<sup>2</sup>, projeto conduzido pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa<sup>3</sup>. O Observatório é uma plataforma de monitoramento, resgate e análise dos debates em torno do tema da privacidade e proteção de dados pessoais no Brasil e no mundo<sup>4</sup>.

O objetivo do relatório é, primordialmente, explorar o DNA e a anatomia da base legal do legítimo interesse, conforme prevista na Lei nº 13.709/LGPD. Algumas questões primordiais que despertaram o interesse na construção do documento foram: quando a figura do legítimo interesse apareceu no radar dos legisladores e quem foram os atores que movimentaram o debate que culminou na versão final do texto? Quais eram os interesses que precisaram ser harmonizados ao longo desse processo e como isso se reflete na interpretação do legítimo interesse? É obrigatória a realização de um teste de proporcionalidade - no direito europeu conhecido como *Legitimate Interest Assessment/LIA* - como uma espécie de registro especial dessa operação de tratamento de dados? Se sim, esse teste deve ser objeto de publicidade? As condicionantes traçadas no artigo 10 da LGPD são cumulativas e governam também a aplicação do interesse legítimo de terceiro e não apenas do controlador? A partir dessa base, o relatório fornece caminhos, enraizados na cultura jurídico-brasileira e com base em uma hermenêutica não apenas literal-gramatical do texto da LGPD, para a compreensão da base legal e alguns de seus aspectos mais sensíveis e até polêmicos.

Isso é feito a partir de dois eixos principais: primeiro, o texto aborda os direitos e deveres deflagrados pelo legítimo interesse para as partes envolvidas - controladores, terceiros, titulares; em seguida, passa para a principal consequência da forma e do conteúdo dessa base legal na LGPD: a existência de um ônus argumentativo reforçado em relação a princípios como finalidade, necessidade, transparência, responsabilização e prestação de contas, etc, o que é uma das principais diferenças da lei brasileira em relação ao RGPD.

O texto é entremeado por sínteses e recomendações normativas, que são, ao mesmo tempo, uma

1 Os autores do documento também contaram com a valiosa contribuição de especialistas, consultados ao longo do processo de escrita. Agradecemos Giovanna Ventre, Daniel Arbix, Karen Duque, Juliana Akaishi, Marcel Leonardi, Giovanna Carloni, Renato Leite Monteiro, Raissa Moura, Paula Zanona, Bárbara Simão e Luiza Brandão pelo tempo dispendido na elaboração de críticas construtivas e insights que tornaram esse texto mais robusto.

2 Ver: <https://observatorioprivacidade.com.br/>

3 Ver: <https://www.dataprivacybr.org/>

4 O Observatório como um todo é financiado pelo Google e pelo Facebook, conforme Política de Financiamento Ético da Associação, e esta fase do projeto, que inclui o relatório sobre a base legal do legítimo interesse, conta com financiamento exclusivo do Google.

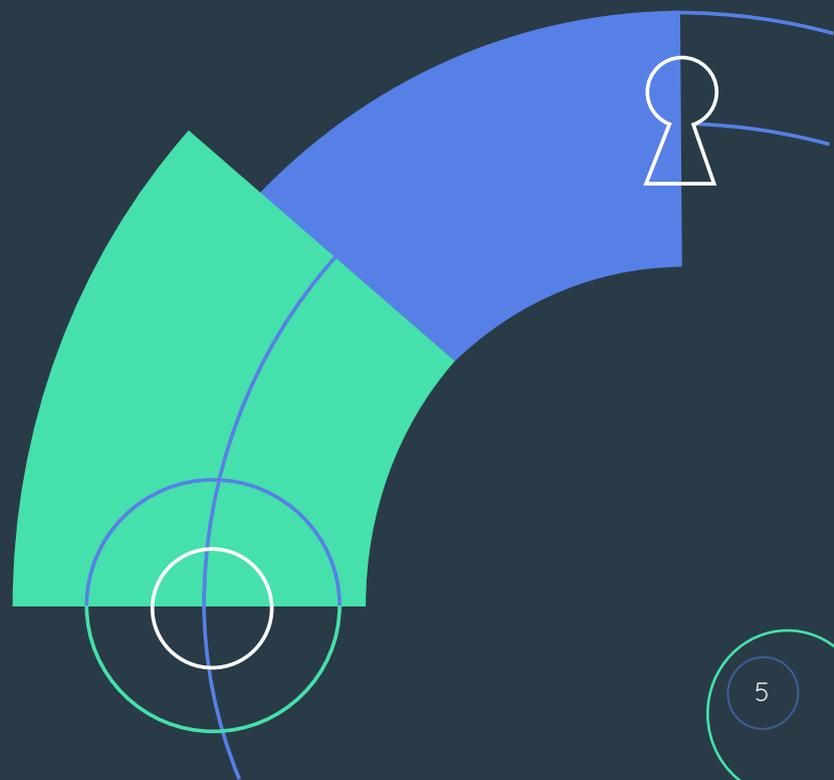
possível sugestão à futura regulamentação por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e uma orientação aos próprios agentes de tratamento de dados ao optarem pelo legítimo interesse para lastrear suas operações e aos cidadãos e entidades representativas para a defesa dos seus direitos.

Adiante, o documento também conta com um exercício prático de duas fases. A primeira é composta por 10 (dez) temas, correspondentes a setores em que o legítimo interesse é mais comumente aplicado (relações de trabalho, background check, marketing online e offline), que são analisados a partir de casos ilustrativos. Ao final, propõe-se um “termômetro” para cada um dos temas, um artifício para indicar quais fases do teste do legítimo interesse (LIA) são mais críticas e, portanto, merecem maior atenção, em cada um desses setores. A segunda parte do exercício é um exemplo completo e detalhado de aplicação do LIA a partir de um caso hipotético.

Não se trata, portanto, apenas de um mergulho abstrato, mas sim da “colagem” do substrato teórico do legítimo interesse a situações concretas em um cenário no qual a sua interpretação e aplicação nos mais diversos setores ainda é relativamente incipiente. A inegável influência europeia sobre a lei no geral, e sobre esse ponto específico, não pode desviar o foco das escolhas particulares que resultaram na LGPD, nem da necessidade de harmonização dos seus dispositivos com outras normas e princípios vigentes, sob pena de um transplante legal inadequado desse conceito jurídico indeterminado. Esse é um ponto central que buscamos explorar, aliando teoria e prática.

Além disso, destaca-se que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão responsável, dentre outras coisas, pela interpretação da LGPD, está iniciando seus trabalhos e ainda não produziu entendimentos sobre o tema, nem orientações para o emprego da base legal na prática. Esse relatório é uma contribuição que pretende somar-se ao vibrante debate e produção de conteúdo das mais diversas naturezas sobre o legítimo interesse na LGPD. Ele é direcionado a tomadores de decisão em todos os níveis, inclusive do órgão regulador, além de agentes de tratamento de dados no desenvolvimento das suas atividades, cidadãos e entidades representativas para a defesa dos seus direitos, operadores do direito e também estudantes e pesquisadores que buscam se aprofundar no tema.

Esperamos que aproveitem a leitura!



# ACHADOS E RECOMENDAÇÕES NORMATIVAS

## Achado nº 1:

O legítimo interesse é fruto do debate travado aos longos dos trabalhos preparatórios da LGPD. Antes era um total desconhecido, mas quando foi introduzido tornou-se o centro das atenções, alocado em pé de igualdade com as demais hipóteses de autorização de tratamento de dados, em especial o consentimento. Ou seja, não há qualquer tipo de hierarquia entre as 10 (dez) bases legais constantes do artigo 7º da LGPD.

## Achado nº 2:

A previsão do legítimo interesse foi objeto de uma intensa disputa. Um cabo de força foi puxado especialmente entre terceiro setor e setor privado para, respectivamente, bloquear-restringir e ampliar o espaço a ser ocupado por essa base legal. Ao final, alcançou-se um denominador comum, a partir de uma solução mediada e proposta, principalmente, pelo setor acadêmico, em que a previsão veio acompanhada de um dispositivo da lei que parametriza a sua aplicação (art. 10). Com isso, a lei brasileira inovou ao prever no seu próprio texto critérios para a aplicação de um conceito jurídico indeterminado e, assim, trazer maior previsibilidade quanto à sua aplicação e interpretação. Desde o seu nascedouro, já havia a preocupação quanto aos efeitos colaterais, em termos de segurança jurídica, da introdução do legítimo interesse, o que foi potencialmente remediado no desenho final da LGPD.

## Achado nº 3 e RN 1:

O adjetivo “legítimo” é um qualificador recorrente na LGPD. Aparece junto à definição do princípio da finalidade, bem como quando se enuncia a base legal contida no artigo 7º, IX, o legítimo interesse. Apesar de tal recorrência, tal terminologia exerce funções distintas. No primeiro caso, seu significado serve a uma análise mais restrita: a atividade de tratamento de dados em questão não deve ser vedada por lei ou norma infralegal. Já no segundo caso, o termo funcionaliza uma análise de aderência às condicionantes contidas no artigo 10 para que um interesse possa ser considerado legítimo. É recomendável levar em consideração tal distinção de escopo e alcance do termo.

## Achado nº 4 e RN 2:

A previsão de que o interesse legítimo pode ser de um terceiro foi introduzida na versão do Anteprojeto de lei de proteção de dados encaminhada ao Congresso, que se tornou o PL 5276/2016. Diferentemente do RGPD, a lei brasileira não traz uma definição de quem seria o terceiro, nem quando este se enquadra na figura de recipiente, de modo que é ainda mais desafiador interpretar o alcance da base legal do legítimo interesse de terceiro na LGPD, e é tarefa urgente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) endereçar a questão. Como exemplos de quem pode ser um terceiro em uma relação de tratamento de dados pessoais, há desde pessoas naturais e jurídicas até a coletividade. É recomendável tratar distintamente tais categorias de terceiro, na medida em que implicam riscos diferentes para os titulares, além de reforçar que o emprego da base legal deve sempre se dar em situação concreta. Nesse sentido, cabe, aliás, ao próprio controlador avaliar se o interesse desse terceiro é, de fato, legítimo.

### **Achado nº 5 e RN 3:**

Colocando em prática as técnicas de hermenêutica jurídica sobre a interpretação do art. 10 da LGPD, entende-se que o dispositivo (i) refere-se tanto ao legítimo interesse do controlador, quanto de terceiros e que (ii) a relação de incisos e parágrafos do artigo impõe condicionantes cumulativas e não alternativas. Com isso, garante-se uma aplicação uniforme da base legal do legítimo interesse, independentemente de quem a mobilize, bem como não se esvazia a função do artigo 10 como um todo, que é a de promover o balanceamento dos interesses do controlador ou de terceiros frente aos do titular. Uma interpretação sistemática e teleológica do artigo 10 está alinhada com o próprio espírito de uma lei geral de proteção de dados, que é o de estabelecer, via de regra, deveres e direitos de forma horizontal e simétrica.

### **Achado nº 6 e RN 4:**

A LGPD foi construída tendo como base a necessidade de equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e o desenvolvimento econômico e inovação. Dessa dupla decorre a própria figura do legítimo interesse, conforme discutido anteriormente. Nesse sentido, a lei também consagrou a previsão de um possível regime diferenciado para pequenos negócios, inclusive quanto a procedimentos como prazos, a ser futuramente definido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Essa procedimentalização diferenciada pode ser aplicada ao legítimo interesse, como, por exemplo, pela não exigência da documentação, ou pelo relaxamento dos componentes do LIA. Entretanto, é importante pontuar que se trata de uma possibilidade em aberto, de forma que, em princípio, aplicam-se horizontalmente, a todos os agentes de tratamento, as previsões da lei.

### **Achado nº 7 e RN 5:**

O legítimo interesse desengatilha um ônus argumentativo maior quanto ao princípio da finalidade, já que, para evitar seu uso de forma especulativa, o legislador optou por frisar que sua aplicação é derivável apenas de uma situação concreta. Tal reforço cumpre uma função que serve ao próprio agente de tratamento de dados, já que, quanto mais bem delineado for o seu interesse, mais fácil será a sua ponderação, especialmente para se analisar se a quantidade de dados processados é realmente necessária, bem como quais são as medidas de mitigação de impacto aos direitos e liberdades do titular. Em sentido contrário, quanto mais genérico for o seu interesse, mais desarticulado será o exercício de ponderação e mais difícil será a demonstração de que o agente de tratamento de dados não está abusando da sua posição.

### **Achado nº 8 e RN 6:**

A ideia de legítima expectativa, que integra a previsão do legítimo interesse, se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé, na medida em que ele está calcado em um dever de lealdade e não frustração da confiança do titular de dados. Além disso, uma outra figura parcelar da boa-fé é a vedação do abuso de direito, isto é, uma limitação ao tratamento de dados pessoais que não passe no “teste” do legítimo interesse. Na interpretação dessa base legal, deve-se levar em consideração a forte influência do princípio da boa-fé no direito privado brasileiro, de forma a se evitar um transplante legal inadequado da figura do legítimo interesse para o ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, é importante frisar que a boa-fé é o “princípio dos princípios”, não por acaso posicionada no caput do artigo 6º, o que revela a sua centralidade frente aos demais princípios listados ao longo dos incisos correspondentes. Como resultado, a melhor interpretação do dispositivo é aquela que considera que a legítima expectativa do titular deve ser considerada em todo caso de aplicação do legítimo interesse, ainda que ela não venha a prevalecer no resultado final do balanceamento de interesses em jogo, por não ser um valor absoluto (e.g., prevenção a fraudes).

### **Achado nº 9 e RN 7:**

Diferente de outras bases legais, no caso do legítimo interesse há referência explícita ao princípio da necessidade como condição de aplicabilidade. A necessidade, ou minimização, divide-se em sentido estrito, que diz respeito ao tratamento da menor quantidade de dados possível para uma determinada finalidade, e sentido lato, que se refere à articulação de medidas de salvaguardas mitigatórias aos riscos para os direitos e liberdades fundamentais dos titulares. Trata-se, portanto, de um dever de cuidado duplo, que deflagra dois juízos distintos, um em torno da menor intrusividade do tratamento de dados, outro acerca da menor lesividade.

### **Achado nº 10 e RN 8:**

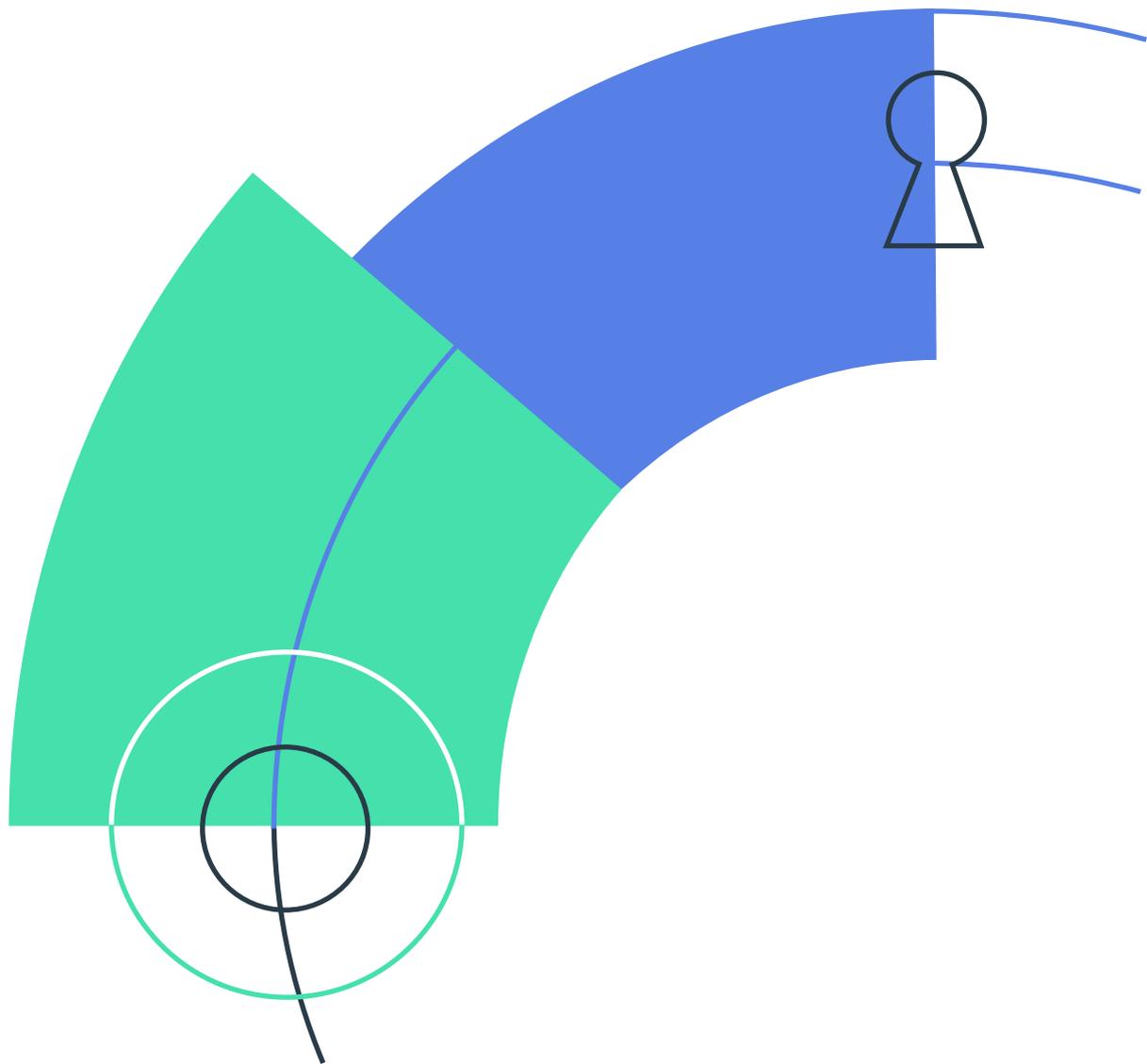
O princípio da transparência é uma das normas que revelam que a autodeterminação informativa vai muito além do consentimento. Ao reforçá-lo como sendo uma das medidas de salvaguarda para a aplicação do legítimo interesse, há uma engenharia normativa que franqueia não só o controle individual, mas também social sobre as atividades de tratamento de dados ao longo do seu curso. Isso porque, embora a noção de esforços razoáveis possa, eventualmente, afastar a exigência de transparência no nível individual, medidas de transparência ativa devem ser estimuladas a fim de se garantir prestação de contas e responsabilidade. Recomenda-se, portanto, que o alcance de tais deveres de transparência seja explicitado pela ANPD e, por parte dos agentes de tratamento de dados, que seja encarado como uma medida de accountability.

### **Achado nº 11 e RN 9:**

A LGPD condiciona o direito de oposição à existência de um “desrespeito à lei”. Sendo a legítima expectativa um dos parâmetros de legalidade do legítimo interesse, e a transparência um princípio reforçado, uma possível interpretação é que o direito de oposição poderia ser desengatilhado sob o argumento, por parte do titular, de que sua confiança foi frustrada, o que será analisado contextualmente tendo como baliza os outros interesses em jogo. Caso contrário, tais parâmetros teriam o seu alcance demasiadamente limitado. Além de dar funcionalidade, essa é uma recomendação normativa que evita um regime assimétrico entre as bases legais, mais especificamente frente ao consentimento, já que nesse caso o titular dos dados detém o direito potestativo de revogá-lo a qualquer momento. Uma interpretação que coloque consentimento e legítimo interesse em pé de igualdade, tal como foram articulados no artigo 7º, é também uma questão de coerência normativa interna da LGPD. Apesar disso, reitera-se que o direito não é absoluto, podendo ser flexibilizado se a análise do caso concreto revelar que o interesse do controlador ou de terceiros supera a legítima expectativa do titular (e.g., prevenção a fraudes). Relevante, ainda, pontuar uma boa prática que pode ser objeto de orientação: a oposição, ou “opt-out”, não apenas como algo que o controlador é obrigado a respeitar, mas sim como uma salvaguarda oferecida por ele, por iniciativa própria.

### **Achado nº 12 e RN 10:**

Considerando os deveres deflagrados pelo uso da base legal do legítimo interesse, recomenda-se a não obrigatoriedade da elaboração de um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, mas sim de um teste de proporcionalidade de 4 (quatro) etapas. Trata-se de um tipo de documentação que pode modular a discricionariedade conferida aos agentes de tratamento de dados ao se valerem de tal base legal. Com isso, evita-se uma “vulgarização” dos relatórios de impacto, até porque é a atividade de tratamento de dados em si, e não a base legal, que define o nível do risco em uma situação concreta.



# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E APONTAMENTOS METODOLÓGICOS.....	13
<b>SEÇÃO A – A DISPUTA TRAVADA AO LONGO DOS TRABALHOS PREPARATÓRIOS DA LGPD</b>	
A.1) FASE DO ANTEPROJETO.....	15
A.2) FASE DO PROJETO DE LEI.....	17
<b>SEÇÃO B – COLOCANDO EM MOVIMENTO O LEGÍTIMO INTERESSE</b>	
B.1) OS DIREITOS E DEVERES DESENGATILHADOS PELO LEGÍTIMO INTERESSE: A EQUAÇÃO DO ARTIGO 7, IX + ARTIGO 10, I + 37, CAPUT, DA LGPD.....	20
<i>B.1.1) Legítimo interesse enquanto um direito: base legal para o tratamento de dados.....</i>	<i>20</i>
<i>B.1.1.1) Base legal para os “controladores”.....</i>	<i>21</i>
<i>B.1.1.2) Base legal para “terceiros”.....</i>	<i>22</i>
<i>B.1.2) Os deveres decorrentes do Legítimo Interesse.....</i>	<i>24</i>
<i>B.1.2.1) O alcance do artigo 10 da LGPD.....</i>	<i>24</i>
<i>B.1.2.1.1) Os pressupostos de aplicação do legítimo interesse traçados no art. 10 alcançam apenas o controlador? Ou também terceiros?.....</i>	<i>25</i>
<i>B.1.2.1.2) As condições distribuídas ao longo dos incisos e parágrafos do artigo 10 são cumulativas ou alternativas?.....</i>	<i>26</i>
<i>B.1.2.1.3) Os deveres exigidos para a utilização da base legal do legítimo interesse também se aplicam a microempresas e a empresas de pequeno porte?.....</i>	<i>27</i>
B.2) ÔNUS ARGUMENTATIVO REFORÇADO COM RELAÇÃO A ALGUNS DOS PRINCÍPIOS.....	28
<i>B.2.1) Finalidade e adequação.....</i>	<i>28</i>
<i>B.2.1.1) Situação concreta.....</i>	<i>28</i>
<i>B.2.2) Boa-fé.....</i>	<i>29</i>
<i>B.2.3) Necessidade.....</i>	<i>32</i>
<i>B.2.3.1) Minimização em sentido estrito.....</i>	<i>32</i>
<i>B.2.3.2) Minimização em sentido lato.....</i>	<i>33</i>
<i>B.2.4) Transparência.....</i>	<i>34</i>
<i>B.2.4.1) Direito de oposição (opt-out).....</i>	<i>36</i>
<i>B.2.5) Responsabilização e prestação de contas.....</i>	<i>38</i>
<i>B.2.5.1) O teste do legítimo interesse enquanto um registro especial da atividade de tratamento de dados em quatro passos.....</i>	<i>39</i>
<i>B.2.5.2) Relatório de impacto à proteção de dados pessoais.....</i>	<i>41</i>

## SEÇÃO C – COLOCANDO EM PRÁTICA O TESTE DO LEGÍTIMO INTERESSE (LIA)

C.1) RELAÇÕES DE TRABALHO.....	42
C.1.1) Casos práticos.....	42
C.1.1.1) <i>Monitoramento dos colaboradores</i> .....	42
C.1.1.2) <i>Uso de keyloggers</i> .....	43
C.1.1.3) <i>Controle de temperatura em tempos de pandemia</i> .....	43
C.1.2) Análise do legítimo interesse nas relações de trabalho.....	44
C.2) VERIFICAÇÃO DE ANTECEDENTES (BACKGROUND CHECK).....	46
C.2.1) Casos práticos.....	46
C.2.1.1) <i>Monitoramento de antecedentes criminais e análise de redes sociais</i> .....	46
C.2.1.2) <i>Pessoas politicamente expostas</i> .....	46
C.2.1.3) <i>Empresa Background Santa Efigênia</i> .....	47
C.2.2) Análise do legítimo interesse para verificação de antecedentes.....	47
C.3) INVESTIGAÇÕES INTERNAS.....	49
C.3.1) Casos práticos.....	49
C.3.1.1) <i>Videovigilância</i> .....	49
C.3.2) Análise do legítimo interesse para fins de investigação interna.....	49
C.4) RECURSOS HUMANOS.....	50
C.4.1) Casos práticos.....	50
C.4.1.1) <i>Concessão de benefícios</i> .....	50
C.4.2) Análise do legítimo interesse em recursos humanos.....	51
C.5) FUSÕES, AQUISIÇÕES E SOCIETÁRIO.....	52
C.5.1) Casos práticos.....	52
C.5.1.1) <i>Fusões e aquisições (mergers and acquisitions – M&amp;A)</i> .....	52
C.5.1.2) <i>Auditoria (due diligence) e controle social</i> .....	53
C.5.2) Análise do legítimo interesse em fusões e aquisições.....	53
C.6) TRANSPARÊNCIA.....	54
C.6.1) Casos práticos.....	54
C.6.1.1) <i>Serenata de amor</i> .....	54
C.6.2) Análise do legítimo interesse para fins de transparência.....	55
C.7) PUBLICIDADE, MARKETING E PERSONALIZAÇÃO.....	56
C.7.1) Casos práticos.....	56
C.7.1.1) <i>E-mail marketing direto</i> .....	56
C.7.1.2) <i>Perfis de rede</i> .....	57

C.7.1.3) Cadastramento para acesso a conteúdos.....	57
C.7.1.4) Públicos semelhantes.....	58
C.7.1.5) Marketing Eleitoral.....	58
C.7.1.6) Cruzamento de dados pessoais.....	59
C.7.1.7) Tecnologias de anúncio (ad techs).....	59
C.7.2) Análise do legítimo interesse em publicidade, marketing e personalização.....	60
C.8) ANALYTICS.....	61
C.8.1) Casos práticos.....	61
C.8.1.1) Avaliação de desempenho de produto.....	61
C.8.1.2) Estratégia de atuação.....	62
C.8.1.3) Geração de inteligência.....	62
C.8.2) Análise do legítimo interesse em analytics.....	63
C.9) INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	64
C.9.1) Casos práticos.....	64
C.9.1.1) Avaliação de alunos.....	64
C.9.1.2) Automatização de sistema de bonificação.....	64
C.9.2) Análise do legítimo interesse em inteligência artificial.....	65
C.10) LOGÍSTICA.....	66
C.10.1) Casos práticos.....	66
C.10.1.1) Gerenciamento de estoque.....	66
C.10.1.2) Transporte e entregas.....	67
C.10.2) Análise do legítimo interesse em logística.....	67
C.11) EXEMPLO DE APLICAÇÃO DO LIA.....	68
GLOSSÁRIO.....	72

# INTRODUÇÃO E APONTAMENTOS METODOLÓGICOS

O legítimo interesse, enquanto hipótese autorizativa do tratamento de dados pessoais, surgiu pela primeira vez na Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia.<sup>5</sup> Antes disso, a normatização da privacidade e da proteção de dados concentrava-se nos textos históricos da Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>6</sup>, Convenção 108 do Conselho da Europa<sup>7</sup> e diretivas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>8</sup>, que pavimentaram o caminho para a previsão de bases legais específicas para a legitimação de diferentes formas de tratamento.<sup>9</sup>

Sua definição legal, que influenciou outras definições em legislações posteriores,<sup>10</sup> centra-se em um teste de balanceamento: de um lado, os interesses legítimos do controlador (ou de terceiros); de outro, os interesses e direitos fundamentais do titular. Como exatamente atingir esse equilíbrio, entretanto, não é algo que a lei seja capaz de precisar em detalhes.<sup>11</sup> Dessa forma, trata-se de previsão aberta, sujeita a interpretações quanto a seu alcance e escopo.

Por esse motivo, surgem dúvidas e ponderações sobre a aplicação do legítimo interesse e a sua posição em relação às demais bases legais. Considerando a inexistência de hierarquia entre bases legais, indaga-se:

<sup>5</sup> Cf. Diretiva 95/46/CE, item (30) Em tradução livre: “Enquanto, para ser legal, o tratamento de dados pessoais deve ainda ser realizado com o consentimento do titular ou ser necessário para a conclusão ou execução de um contrato vinculativo para o titular de dados, ou como uma obrigação legal, ou para a execução de uma tarefa realizada no interesse público ou no exercício de autoridade oficial, ou nos interesses legítimos de uma pessoa natural ou jurídica, desde que os interesses ou os direitos e liberdades do titular de dados não prevaleçam”.

<sup>6</sup> CONVENÇÃO Europeia de Direitos Humanos. Roma. 04 de novembro 1950. “Artigo 8º: Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. [...]”. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)

<sup>7</sup> O artigo 5º da Convenção 108 do Conselho da Europa assegura que a coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais deve se dar para propósitos específicos e legítimos, de forma adequada e não excessiva. Council of Europe, European Treaty Series - No. 108. Strasbourg, 01.28.1981. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680078b37>

<sup>8</sup> OECD. **Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. 23.09.1980. “7. There should be limits to the collection of personal data and any such data should be obtained by lawful and fair means and, where appropriate, with the knowledge or consent of the data subject.”. Disponível: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>

<sup>9</sup> No caso da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o requisito de existência de uma base legal para o tratamento de dados já está expressamente presente. Em tradução livre: “Art. 8(2) Estes dados devem ser tratados de forma justa para finalidades específicas e de acordo com o consentimento do indivíduo envolvido ou **com outra base legal estabelecida pela lei**. [...]” (grifos nossos)

<sup>10</sup> Como se verá neste *policy paper* em relação ao legítimo interesse na legislação brasileira.

<sup>11</sup> Há sugestões de como percorrer este caminho, por exemplo, sugestões que o “equilíbrio adequado” entre os interesses seria encontrado por meio da construção de um programa de *compliance* em proteção de dados pessoais pelo controlador. BALBONI, P., COOPER, D., IMPERIALI, R. & MACENAITE, M. **Legitimate interest of the data controller New data protection paradigm: legitimacy grounded on appropriate protection**. International Data Privacy Law, 2013, 3 (4), p. 244-261.

- Faria sentido considerarmos o legítimo interesse como um “tapa-buraco”, ou último recurso?
- Seria o legítimo interesse uma hipótese legal “vantajosa”, no sentido de trazer menos restrições legais, ou traria ele um ônus argumentativo maior para o controlador?
- Em quais casos concretos é adequada a aplicação do legítimo interesse?

São tais questões que este relatório buscará responder a partir da estrutura descrita a seguir. Em uma primeira seção, será descrito o processo que culminou na versão final da previsão do legítimo interesse na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), com destaque para as diferentes contribuições por parte da sociedade civil<sup>12</sup> ao longo da discussão do Anteprojeto e da tramitação dos Projetos de Lei 4060/2012, 330/2013 e 5276/2016.

Após essa contextualização, a segunda seção do relatório se dedicará a um estudo analítico da dogmática do legítimo interesse, passando por questões como (i) os direitos e deveres gerados pelo legítimo interesse, tanto para o titular quanto para o controlador e terceiros; (ii) o ônus argumentativo gerado pelo legítimo interesse em relação a alguns dos princípios da lei, como necessidade e transparência; (iii) e, por fim, se há necessidade da geração de uma documentação específica e se sim, qual. Ao final de cada item deste documento é feita uma síntese - chamada de “achado” - que, via de regra, é acompanhada de uma recomendação normativa (RN). Com isso, o/a leitor/a poderá localizar, mais facilmente, os principais pontos de análise para compreender a base legal do legítimo interesse e os pontos de atenção que devem ser objeto de uma reflexão mais apurada.

Por fim, a terceira seção deste documento simulará casos de aplicação do legítimo interesse, de modo a “colar” toda a teoria a situações práticas. Nosso objetivo é destacar o legítimo interesse em diferentes cenários e, com isso, examinar suas variações e como este conceito ganha vida de diferentes formas. Ao todo, são analisados 26 casos, reunidos em 10 grupos. Mede-se, então, a temperatura dos pontos mais sensíveis do legítimo interesse de acordo com cada uma dessas 10 áreas mapeadas. Uma espécie de termômetro, que não tem como objetivo afirmar categoricamente se cabe ou não legítimo interesse, mas sim apontar quais pontos merecem maior atenção.

---

<sup>12</sup> Entende-se por sociedade civil as contribuições das entidades ou pessoas da academia, terceiro setor e setor privado. Essa é, por exemplo, a divisão adotada no Comitê Gestor da Internet para diferenciar os representantes da esfera governamental da esfera da sociedade civil. Disponível em: <https://cgi.br/membros/>

# SEÇÃO A – A DISPUTA TRAVADA AO LONGO DOS TRABALHOS PREPARATÓRIOS DA LGPD

## A.1) FASE DO ANTEPROJETO

O processo que culminou na aprovação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) durou cerca de 8 anos, desde a publicação do primeiro texto de Anteprojeto<sup>13</sup> submetido à consulta pública pelo Ministério da Justiça, em dezembro de 2010. A matéria do legítimo interesse, entretanto, não esteve presente desde o início nos textos que vieram a dar corpo à lei. Ao se analisar a primeira versão do Anteprojeto, bem como as versões iniciais dos projetos de lei 4060/2012<sup>14</sup>, do então deputado federal Milton Monti (PR-SP), e 330/2013<sup>15</sup>, do então senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE), verifica-se que não havia a hipótese legal do legítimo interesse como hipótese de autorização para o tratamento de dados pessoais.<sup>16</sup>

Na realidade, o fio condutor dos textos iniciais, com destaque para o Anteprojeto de lei, era a figura do consentimento, considerada até então como a base legal prevalente, prioritária sobre as demais.<sup>17</sup> Dessa forma, no Anteprojeto, o art. 9º previa como regra o consentimento “livre, expresso e informado ao titular” e elencava outras hipóteses<sup>18</sup> como exceções. Já nos projetos provenientes das Casas Legislativas, o consentimento se apresentava como a base legal para o tratamento de dados sensíveis<sup>19</sup> e de crianças e adolescentes<sup>20</sup>.

As movimentações em torno da inserção da categoria legítimo interesse, ou interesses legítimos,

13 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, DF, dezembro de 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2010/11/PL-Protacao-de-Dados.pdf>

14 CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei 4060/2012. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Brasília, DF, 2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1001750&filename=PL+4060/2012](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001750&filename=PL+4060/2012)

15 SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 330/013. Dispõe sobre a proteção, o tratamento e o uso dos dados pessoais, e dá outras providências. Brasília, DF, agosto de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3927883&ts=1567533189767&disposition=inline>

16 No caso do PL 330/2013, havia a seguinte previsão: “Art. 12. A interconexão de dados pessoais deve atender aos seguintes requisitos: I – adequação às finalidades legais ou estatutárias e aos interesses legítimos dos proprietários e gestores de bancos de dados; [...]”. Entretanto, o projeto não faz outras menções à ideia de interesses legítimos, no sentido de defini-los, nem faz referência ao conceito em sua justificativa.

17 BIONI, Bruno Ricardo. Xequê-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. GPoPAI-USP, 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/28752561/Xequê-Mate\\_o\\_trip%C3%A9\\_de\\_prote%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_dados\\_pessoais\\_no\\_xadrez\\_das\\_iniciativas\\_legislativas\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/28752561/Xequê-Mate_o_trip%C3%A9_de_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_pessoais_no_xadrez_das_iniciativas_legislativas_no_Brasil)

18 Tais hipóteses eram: obrigação contratual ou legal, dados de acesso público irrestrito, exercício de funções próprias dos poderes do Estado, pesquisa histórica, científica ou estatística, proteção da vida ou incolumidade física do titular ou terceiro, quando o consentimento não for possível, exercício do direito de defesa ou casos que digam respeito ao inadimplemento de obrigações por parte do titular, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

19 No PL 4060/2012, a previsão era a seguinte: “Art. 12. O início do tratamento de dados pessoais sensíveis, quando não solicitado pelo titular, somente ocorrerá mediante autorização deste, por qualquer meio que permita a manifestação de sua vontade, ou na hipótese de imposição legal.” Já no PLS 330/2013: “Art. 4º Ao tratamento de dados pessoais aplicam-se os seguintes princípios: [...] IV – consentimento prévio e expresso do titular de dados como requisito à coleta, quando se tratar de dados sensíveis ou de interconexão internacional de dados realizada por banco de dados privado (art. 10);”

20 A redação inicial do PL 4060/2012 quanto a esse ponto é: “Art. 17. O tratamento de dados pessoais de crianças somente será possível mediante o consentimento dos seus pais, responsáveis legais ou por imposição legal.”

começaram em razão das consultas públicas a que o Anteprojeto do Poder Executivo foi submetido. Na primeira rodada, realizada em parceria com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e que durou cerca de 5 meses, foram recebidas 794 contribuições, provenientes de empresas e organizações do terceiro setor, majoritariamente. Conforme indica estudo publicado pela Associação Brasileira de Marketing Direto - ABMED, naquele momento houve poucas contribuições ou sugestões relacionadas ao legítimo interesse.<sup>21</sup> Não foi, ainda, nessa ocasião que a base legal despontou.

Isso veio a ocorrer apenas em julho de 2015, por ocasião do primeiro substitutivo<sup>22</sup> apresentado pelo então senador Aloysio Nunes ao PL 330/2013, na Comissão de Ciência e Tecnologia (CCT), do Senado. Foi a primeira vez que as bases legais para o tratamento de dados foram incluídas na forma de incisos paralelos, sem preponderância de uma sobre a outra, e com a presença da hipótese do legítimo interesse.<sup>23</sup> Não nos parece que isso tenha ocorrido por acaso, uma vez que à época ocorria a segunda rodada de consultas públicas ao Anteprojeto de lei de dados pessoais do Ministério da Justiça, e havia o interesse de harmonizar a proposta do Senado com aquela que eventualmente iria para a Câmara.<sup>24</sup> Uma pista a esse respeito foi a participação do então Senador Aloysio Nunes, relator do PLS 330/2013, no evento de lançamento da versão pós-consulta pública do Anteprojeto de Lei do Executivo, quando afirmou, inclusive, que o texto do Executivo deveria ser encaminhado, com regime de urgência constitucional, ao Legislativo.<sup>25</sup>

Naquele momento da segunda consulta pública, que contou com mais de 1.800 contribuições,<sup>26</sup>

---

21 A única delas que corresponde à ideia de legítimo interesse que veio a ser incorporada posteriormente é a contribuição da NOKIA. Nos termos do relatório: “Por fim, a Nokia ressalta também ser necessário que as hipóteses de dispensa abranjam também os casos em que o tratamento for necessário para fins de interesses legítimos do responsável pelo tratamento dos dados ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, sendo preservados sempre os direitos e liberdades fundamentais do titular”. Disponível em: [https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais\\_ContribuicoesdasEntidades.pdf](https://www.abemd.org.br/interno/DadosPessoais_ContribuicoesdasEntidades.pdf)

22 SENADO FEDERAL. Parecer 2015. Brasília, DF, Rel. Senador Aloysio Nunes Ferreira. Disponível em: <https://legis.senado.gov.br/sdleg-getter/documento?dm=3927917&ts=1567533189932&disposition=inline>

23 Cada inciso é elemento discriminativo do artigo ou do parágrafo. Assim, quando há mais de um, os incisos são equidistantes do arranjo nuclear representado pelo artigo, dentro da estruturação lógica do tema regulado. Para a leitura normativa é necessário se utilizar de diretrizes de interpretação estrutural, considerando o ordenamento como totalidade orgânica em perene dinamismo. Regras do direito encerram um motivo e um sentido consubstanciadores de certa intencionalidade. Portanto, a escolha do legislador em distribuir logicamente o texto de determinada maneira não é trivial. Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 82-84; PENNA, Sérgio; MACIEL, Eliane Cruxên. **Técnica Legislativa: orientação para a padronização de trabalhos**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2002. p. 124, 125.

24 RIELLI, Mariana. O processo de construção e aprovação da Lei Geral de Dados Pessoais: bases legais para tratamento de dados em um debate multissetorial. **Revista do Advogado**, a. XXXIX, n. 144., p. 07-14, 2019.

25 PEDUZZI, Pedro. MJ finaliza nova versão sobre anteprojeto sobre proteção de dados na internet. **Agência Brasil**, Brasília, 19 de out. de 2015. “A ideia de dar urgência à matéria já havia sido defendida pelo senador da oposição Aloysio Nunes (PSDB-SP), durante a abertura do seminário. ‘Sugiro que o projeto seja apresentado pela presidente [Dilma Rousseff] com urgência constitucional ao Legislativo, para nos livrar de certos embaraços que fazem com que iniciativas interessantes se percam no Congresso Nacional’, argumentou o senador tucano.” Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-10/mj-finaliza-nova-versao-de-anteprojeto-sobre-protacao-de-dados-na-internet>. Acesso em: 14 de dez. de 2020.

26 Conforme estudo do InternetLab, houve uma cisão de posicionamentos em relação ao legítimo interesse, embora não tenha havido entidades que rejeitaram a proposta como um todo. De um lado, empresas como Claro, Vivo, Sky e associações empresariais como Febraban e Brasscom, dentre outras, trouxeram contribuições no sentido da inclusão da hipótese do legítimo interesse a partir de uma lógica de consentimento tácito. Parte da argumentação centrou-se na ideia de “fadiga do consumidor” em relação à hipótese do consentimento. As empresas defenderam o legítimo interesse como hipótese legal facilitadora do tratamento de dados em situações nas quais não haveria impactos indevidos sobre os direitos dos indivíduos. Entretanto, a questão dos interesses do titular não é central nessas colaborações. Outras contribuições, como a de Marcel Leonardi, ressaltou o fato de o legítimo interesse integrar a legislação europeia sobre o tema desde 1995, de forma que se criaria

discutiam-se ambos os pontos - a não-hierarquização de bases legais, ao menos no caso de dados triviais, e a inclusão da hipótese do legítimo interesse, conforme melhores práticas internacionais. Consolidado o texto do Executivo, ele foi enviado à Câmara como PL 5276/2016 com nove distintas bases legais, dentre as quais ambos consentimento e legítimo interesse, hierarquicamente equivalentes. Assim, a partir de 2016, tanto o projeto do Senado quanto os projetos da Câmara, estes apensados ao PL 4060/2012, passaram a tramitar com a hipótese do legítimo interesse, que veio a ser lapidada a partir de então.

## ACHADO N° 1

O legítimo interesse é fruto do debate travado aos longos dos trabalhos preparatórios da LGPD. Antes era um total desconhecido, mas quando foi introduzido tornou-se o centro das atenções, alocado em pé de igualdade com as demais hipóteses de autorização de tratamento de dados, em especial o consentimento. Ou seja, não há qualquer tipo de hierarquia entre as 10 (dez) bases legais constantes do artigo 7º da LGPD.

### A.2) FASE DO PROJETO DE LEI

O substitutivo do senador Aloysio Nunes, cujo texto manteve-se o mesmo quanto ao legítimo interesse ao longo da tramitação, era relativamente econômico, sendo a única contraposição ao legítimo interesse do controlador a seguinte condicionante: “desde que não prevaleçam sobre os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados”.<sup>27</sup> Algo bastante similar à estrutura do texto do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) e da Diretiva nº 95/46-1995 do parlamento europeu, essas semelhanças e também suas diferenças em relação à lei brasileira serão sistematizadas mais adiante.

Já o texto que foi apresentado pela Presidência da República à Câmara, quase um ano depois (e após a segunda consulta pública), trazia a hipótese legitimadora de forma mais robusta, com uma série de parágrafos que contemplavam os seguintes pontos: legítima expectativa do titular (art. 10, §1º), medidas de transparência e possibilidade de oposição por parte do titular (art. 10, §2º), princípio da necessidade e anonimização, quando compatível com a finalidade do tratamento (art. 10, §3º), e, por fim, possibilidade de solicitação de relatório de impacto pelo “órgão competente”.<sup>28</sup>

Nesse sentido, verifica-se influência de contribuições como a do Grupo de Pesquisa em Políticas

---

um descompasso e um atraso caso o Brasil optasse por não seguir esse mesmo caminho. Entidades como ITS Rio e o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAI) centraram suas contribuições na necessidade de, no caso de haver a nova hipótese dos interesses legítimos, ela vir acompanhada de um teste de razoabilidade/proporcionalidade, a fim de assegurar os direitos dos titulares de dados pessoais frente a uma situação de flexibilização do seu consentimento. Assim, sugestões como a inclusão da obrigatoriedade de anonimização dos dados como forma de proteção do titular foram feitas. Em: INTERNETLAB. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil? Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais.** São Paulo, SP, 2016. Disponível em: [https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/reporta\\_apl\\_dados\\_pessoais\\_final.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/reporta_apl_dados_pessoais_final.pdf)

27 SENADO FEDERAL. Parecer 2015. Brasília, DF, Rel. Senador Aloysio Nunes Ferreira. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3927917&ts=1567533189932&disposition=inline>

28 BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei 5276/2016. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e dignidade humana. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=B847DDE7464E52A5396BD7DDB37BD7EA.proposicoesWebExterno2?codteor=1457459&filename=PL+5276/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B847DDE7464E52A5396BD7DDB37BD7EA.proposicoesWebExterno2?codteor=1457459&filename=PL+5276/2016)

Públicas Para o Acesso à Informação (GPOPAI) e Instituto Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio),<sup>29</sup> que sugeriram alterações no texto do Anteprojeto de lei a fim de incluir menções à legítima expectativa, necessidade, transparência e medidas de segurança, inclusive anonimização, dentre outros. O projeto do Executivo, após a rodada de contribuições, com especial atenção às contribuições da academia, criou uma versão do legítimo interesse mais consistente, em relação ao do Senado, com a ideia de um teste de balanceamento entre o interesse do controlador e as legítimas expectativas e direitos do titular de dados pessoais.<sup>30</sup> Esse fio condutor continuou ao longo do restante da tramitação do projeto.

O primeiro substitutivo do Relator Orlando Silva (PCdoB-SP)<sup>31</sup> no âmbito da Comissão Especial, foi apresentado após uma rodada de audiências públicas, dentre as quais uma especificamente sobre legítimo interesse.<sup>32</sup> Incorporadas as considerações dos convidados, o Relator apresentou uma versão ligeiramente alterada do texto inicial submetido à Câmara, retirando do artigo referente ao legítimo interesse a menção à anonimização e a medidas de segurança. A manutenção dos dispositivos protetores do titular dos dados, como o princípio da necessidade, da transparência, além da legítima expectativa, foi objeto de disputa até o momento final antes da apresentação do substitutivo,<sup>33</sup> com forte atuação do terceiro setor para garantir

29 “A grande preocupação com advento da nova exceção por interesses legítimos é que tal exceção sabote, ou mesmo, fragilize o pilar normativo do APL, qual seja, o consentimento como a regra geral para o tratamento dos dados pessoais [GPOPAI]. Por isso, os proponentes que debateram, controversamente, acerca dessa nova exceção acabam por sugerir que a lei preveja, expressamente, um teste para a ponderação dos interesses envolvidos que deve levar em conta uma série de fatores [ITS-Rio].” INTERNETLAB. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil?. Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais.** São Paulo, SP, 2016. Disponível em: [https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/reporta\\_apl\\_dados\\_pessoais\\_final.pdf](https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/05/reporta_apl_dados_pessoais_final.pdf)

30 BIONI, Bruno Ricardo. **Xeque-Mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil.** GPOPAI-USP, 2016. p. 50-51. “Sob o ponto de vista de coerência normativa centrada na regra geral do consentimento e da autodeterminação informacional, um sistema de freios e contrapesos mais rígido acaba por não esvaziar a promessa de que o cidadão deve exercer controle sobre seus dados pessoais. Por exemplo: I. mecanismos de transparência quanto ao tratamento de dados pessoais via a hipótese de interesse legítimos, em conjunto com meios pelos quais o titular dos dados possa a ela se opor; II. padrões de segurança que minimizem os riscos à privacidade, como a anonimização dos dados, e, ainda; III. resguardar ao órgão fiscalizador o poder de auditar tais práticas do mercado, mediante a exigência de relatórios de impacto à privacidade.”. Disponível: [https://www.academia.edu/28752561/Xeque-Mate\\_o\\_trip%C3%A9\\_de\\_prote%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_dados\\_pessoais\\_no\\_xadrez\\_das\\_iniciativas\\_legislativas\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/28752561/Xeque-Mate_o_trip%C3%A9_de_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dados_pessoais_no_xadrez_das_iniciativas_legislativas_no_Brasil)

31 BRASIL. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei Nº 4060, de 2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=161610896C391A39888C72EEE6DBA082.proposicoesWebExterno2?codteor=1663305&filename=PRL+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=161610896C391A39888C72EEE6DBA082.proposicoesWebExterno2?codteor=1663305&filename=PRL+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012)

32 Segundo o relatório do Relator Orlando Silva, a audiência pública foi composta por representantes da Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, do Instituto Brasileiro de Direito Digital – IBDDIG, da organização não-governamental ARTIGO 19 e de especialista em privacidade e proteção de dados e professor de Direito Digital e Internacional da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

33 DATA PRIVACY BRASIL. **Observatório da Privacidade:** Memória da LGPD. Disponível em: <https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/como-a-lei-mudou-desde-2010/>. Transcrição do depoimento de Beatriz Barbosa, Coordenadora do Intervezes. “Tinha um artigo que tratava de uma das hipóteses de tratamento de dados pessoais e que, para sociedade civil, era uma preocupação grande, que é uma hipótese baseada no legítimo interesse das empresas de tratarem esses dados. Essa sempre foi uma preocupação para a sociedade civil, que essa hipótese não fosse um cheque em branco para as empresas tratarem os dados da maneira como elas quisessem, então a gente queria colocar algumas condicionantes nesse trecho. A gente já tinha ido para a mesa de negociação e não tinha rolado, não tinha conseguido incluir isso porque as empresas não tinham deixado a mesa de negociação, mas tinha setores da sociedade civil muito preocupados. Eu lembro que, uma meia hora antes do deputado Orlando protocolar o texto dele, a versão final do substitutivo depois da rodada de negociação que ia para o plenário, ele estava em comissão discutindo um outro tema, conversando com um consultor da câmara que ia fazer a redação final do substitutivo para ele e eu cheguei e falei para ele “Orlando não vai dar, esse trecho aqui não pode passar desse jeito, se passar desse jeito a sociedade civil vai criticar o seu relatório e vai ser muito ruim ele chegar no plenário com críticas da sociedade civil.”. Ele falou: “está bom, como é que vocês querem?” Aí eu arranjei uma folhinha do bloco que tinha na minha bolsa, escrevi correndo, grifei os dois trechos que precisavam incluir e entreguei o papel, quase um guardanapo assim para o Orlando. Aí ele pegou e entregou para o consultor, que fez uma cara não muito feliz, e falou assim “coloca desse jeito” e aí o relatório substitutivo foi para o plenário desse jeito. Ele fez a inclusão a nosso pedido e isso foi um dos trechos da Lei que sobreviveu a

que a previsão do legítimo interesse não fosse desequilibrada.<sup>34</sup>

Além disso, o relator reforçou em seu parecer dois aspectos: (i) que a previsão do legítimo interesse correspondia a uma tendência europeia presente desde os anos 90 e atendia a necessidades legítimas do setor privado; (ii) que o legítimo interesse não é um cheque em branco<sup>35</sup> e que deve ser balizado de acordo com os interesses e direitos dos titulares dos dados pessoais.

Após um parecer às emendas da Comissão Especial,<sup>36</sup> e o parecer proferido em Plenário,<sup>37</sup> o texto final referente ao legítimo interesse não foi alterado em relação ao primeiro substitutivo. Dessa forma, a versão aprovada pela Câmara (e, posteriormente, referendada pelo Senado) incluiu os seguintes elementos: (i) finalidade legítima; (ii) situação concreta; (iii) balanceamento em relação a direitos e liberdades fundamentais do titular; (iv) princípio da necessidade; (v) medidas para garantia da transparência; (vi) possibilidade de solicitação, ao responsável, de relatório de impacto à proteção de dados.

Dessa forma, verifica-se a permanência de uma visão mais detalhada do legítimo interesse, com referência a princípios da proteção de dados e medidas para concretizar os direitos dos titulares<sup>38</sup> e balanceá-los frente aos interesses do controlador. A versão que tramitou no Senado Federal (PLS 330/2013), por outro lado, manteve a redação mais enxuta do legítimo interesse até o final.

---

todo esse processo.”

34 Mais sobre esse processo na Memória da LGPD, processo do Observatório da Privacidade e Proteção de Dados, do Data Privacy Brasil. Disponível em: <https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/como-a-lei-mudou-desde-2010/>

35 Ponto que foi extensamente levantado por participantes da referida audiência pública, em especial Renato Leite Monteiro, então representante da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=F1\\_NiqerjRs; 1h06min31sec - 1h30min03sec](https://www.youtube.com/watch?v=F1_NiqerjRs; 1h06min31sec - 1h30min03sec).

36 BRASIL. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 4060/2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1664206&filename=PPP+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1664206&filename=PPP+1+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012)

37 BRASIL. Parecer às Emendas de Plenário Apresentadas ao PL 4060/12. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1664233&filename=PEP+2+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1664233&filename=PEP+2+PL406012+%3D%3E+PL+4060/2012)

38 DATA PRIVACY BRASIL. **Observatório da Privacidade: Memória da LGPD**. Disponível em: <https://observatorioprivacidade.com.br/memoria/como-a-lei-mudou-desde-2010/>. Transcrição do depoimento de Bruno Bioni, Fundador e Diretor do Data Privacy Brasil: “Em 2010/2011 não tinha legítimo interesse. Em 2015, versão pré consulta pública, não tinha legítimo interesse. Aí vem a enxurrada de contribuições públicas, vem o setor privado e fala ‘eu quero o legítimo interesse’, vem o terceiro setor e fala ‘eu não quero o legítimo interesse’ porque isso vai flexibilizar demais. No centro desse movimento pendular você tem a academia, dizendo ‘olha é importante ter essa base legal, mas é importante ter essa base legal com algumas restrições ou, pelo menos, com algumas diretrizes de como isso será interpretado’. Esse é o típico exemplo em que dos dois polos, dos dois extremos, não teve a redação que desejavam, mas se teve um denominador comum, algo que ambos fizeram concessões. Acho que isso é muito simbólico do que é a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.”

## ACHADO Nº 2

A previsão do legítimo interesse foi objeto de uma intensa disputa. Um cabo de força foi puxado especialmente entre terceiro setor e setor privado para, respectivamente, bloquear-restringir e ampliar o espaço a ser ocupado por essa base legal. Ao final, alcançou-se um denominador comum, a partir de uma solução mediada e proposta, principalmente, pelo setor acadêmico, em que a previsão veio acompanhada de um dispositivo da lei que parametriza a sua aplicação (art. 10). Com isso, a lei brasileira inovou ao prever no seu próprio texto critérios para a aplicação de um conceito jurídico indeterminado e, assim, trazer maior previsibilidade quanto à sua aplicação e interpretação. Desde o seu nascedouro, já havia a preocupação quanto aos efeitos colaterais, em termos de segurança jurídica, da introdução do legítimo interesse, o que foi potencialmente remediado no desenho final da LGPD.

## SEÇÃO B – COLOCANDO EM MOVIMENTO O LEGÍTIMO INTERESSE

### B.1) OS DIREITOS E DEVERES DESENGATILHADOS PELO LEGÍTIMO INTERESSE: A EQUAÇÃO DO ARTIGO 7, IX + ARTIGO 10, I + 37, CAPUT, DA LGPD

O legítimo interesse, conforme estruturado na legislação brasileira e na doutrina, dá origem a um conjunto de direitos e deveres para controladores, terceiros e titulares. Neste item, cada um desses elementos será desenvolvido conforme suas particularidades.

#### B.1.1) LEGÍTIMO INTERESSE ENQUANTO UM DIREITO: BASE LEGAL PARA O TRATAMENTO DE DADOS

As leis gerais de proteção de dados têm como objetivo não apenas a proteção dos direitos dos titulares, mas também a promoção de um livre fluxo de dados que dê ensejo ao desenvolvimento econômico,<sup>39</sup> tendo sido essa a dupla de valores que motivou o nascimento do legítimo interesse.<sup>40</sup> Dessa forma, a própria ideia dessa base legal autorizativa do tratamento de dados<sup>41</sup> dá origem a um direito para o controlador e para terceiros, uma vez que, cumpridas as normas que os sujeitam, surge o direito de manipular dados pessoais.

<sup>39</sup> A própria lei deixa claro que com a privacidade e a proteção de dados devem conviver outros fundamentos, como o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (art. 1º, V) e a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 1º, VI).

<sup>40</sup> BUCAR, Daniel; VIOLA, Mario. Tratamento de Dados Pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro**. Thomson Reuters, 2019. p. 469.

<sup>41</sup> A construção histórica das bases legais para o tratamento de dados tem a ver com a ideia de legalidade (“lawfulness”), condição para o tratamento que aparece em normativas como a Convenção 108, do Conselho da Europa, e a Diretiva sobre a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

### B.1.1.1) BASE LEGAL PARA OS “CONTROLADORES”

O controlador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, “à qual é atribuída a competência - tomada de decisões - para tratar dados pessoais (art. 5º, inciso VI, LGPD), de acordo com os parâmetros desenhados pela nova normativa”.<sup>42</sup> Trata-se da figura, na relação jurídica estabelecida entre as partes, que decide em que sentido se dará o tratamento de dados pessoais, inclusive em relação a terceiros e operadores. Dessa forma, o controlador é o primeiro dos atores a que se referem as expressões “necessário para” e “interesses legítimos”, do art. 7º, IX. Como este relatório tratará do aspecto da necessidade em item à parte, passa-se à análise do sentido e alcance do termo “interesses legítimos”.

O Grupo de Trabalho do Artigo 29 (*Article 29 Working Party*),<sup>43</sup> em seu parecer (*Opinion*) sobre legítimo interesse,<sup>44</sup> faz algumas distinções que merecem atenção. A primeira delas é entre “finalidade” e “interesse”. A finalidade é o propósito específico do tratamento de dados pessoais, enquanto o interesse é o valor mais amplo que um tratamento de dados pessoais representa para o seu controlador (ou terceiros, ou a sociedade como um todo). Um interesse, portanto, seria a garantia da segurança e da saúde de um determinado grupo de pessoas, enquanto uma finalidade seria determinado tratamento de dados que garante tal interesse, por exemplo a instalação de controles de acesso em um local.

Uma segunda distinção diz respeito ao termo “legítimo” (em que consiste um interesse legítimo?). Primeiramente, esse interesse deve ser *legal*, isto é, deve respeitar todas as leis e normas infralegais aplicáveis àquela situação específica. Bioni ilustra tal requisito com o exemplo da proibição à coleta, mesmo com consentimento, de dados relacionados a gravidez ou HIV em situações de trabalho.<sup>45</sup> Além disso, a legitimidade do interesse relaciona-se também ao seu caráter *articulado*, isto é, relacionado a uma situação concreta e, portanto, não especulativa, o que decorre do próprio princípio da finalidade (“propósitos legítimos, *específicos*”<sup>46</sup>).

No caso da Lei Geral de Proteção de Dados, especificamente, tanto o interesse quanto à finalidade (essa por força do art. 10, caput<sup>47</sup>), devem ser legítimos e concretos.

42 BUCAR, Daniel; VIOLA, Mario. Tratamento de Dados Pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro**. Thomson Reuters, 2019. p. 477.

43 O Grupo de Trabalho do Artigo 29 (*Article 29 Working Party*) era, até a entrada em vigor do Regulamento Europeu de Proteção de Dados, o órgão responsável por interpretar, de forma não vinculante, os dispositivos da Diretiva 95/46/EC e outros assuntos de privacidade e proteção de dados.

44 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. 2014.

45 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5.

46 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. 2014. p. 25.

47 BRASIL. Lei 13. 709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). “Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas [...]”

## ACHADO Nº 3 E RN 1

O adjetivo “legítimo” é um qualificador recorrente na LGPD. Aparece junto à definição do princípio da finalidade, bem como quando se enuncia a base legal contida no artigo 7º, IX, o legítimo interesse. Apesar de tal recorrência, tal terminologia exerce funções distintas. No primeiro caso, seu significado serve a uma análise mais restrita: a atividade de tratamento de dados em questão não deve ser vedada por lei ou norma infralegal. Já no segundo caso, o termo funcionaliza uma análise de aderência às condicionantes contidas no artigo 10 para que um interesse possa ser considerado legítimo. É recomendável levar em consideração tal distinção de escopo e alcance do termo.

### B.1.1.2) BASE LEGAL PARA “TERCEIROS”

O legítimo interesse, entretanto, não é aplicável apenas ao controlador, mas também à figura do “terceiro”.<sup>48</sup> Isso significa que o controlador pode realizar um tratamento de dados que não seja no seu próprio interesse (ou exclusivamente no seu próprio interesse), mas no de terceiros ou da sociedade como um todo. Por exemplo:

O exemplo mais contundente dessa conformação legal é a aplicação da hipótese do legítimo interesse para o combate a fraudes. A um só tempo, é de interesse de uma empresa evitar, por exemplo, que o cartão de crédito que ela oferece seja fraudado, e é interesse do sistema bancário e financeiro, bem como da sociedade, que a referida fraude não ocorra. Um eventual compartilhamento de dados entre agentes do sistema financeiro (que não a instituição financeira que presta o serviço para o titular e que seria o controlador) enquadram-se na figura de terceiros;

Outro exemplo claro de legítimo interesse de terceiros é a *due diligence* em processos de fusão e aquisição, em que terceiros que não têm nenhuma relação pré-estabelecida com os titulares de dados pessoais possuem o legítimo interesse de tratar esses dados<sup>49</sup> para avaliar a viabilidade da operação societária;

Hipótese em que o legítimo interesse de terceiros também é aplicável é o do tratamento de dados por equipes de respostas de emergência computacional e equipes de resposta de incidentes de segurança computacional. O recital 49 do RGPD traz de forma expressa que, para as finalidades de asseguarção das redes e segurança cibernética, o legítimo interesse é base legal aplicável, citando inclusive as CERTs e CIRTs (siglas do inglês para as referidas equipes), terceiros que, portanto, poderiam se fundamentar no legítimo interesse;

Mais um exemplo seria aquele em que se publica dados para fins de transparência e *accountability*, mesmo nos casos em que não há tal obrigatoriedade por força da Lei de Acesso à Informação.<sup>50</sup> Nesses

48 BRASIL. Lei 13. 709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). “Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de *terceiro*, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou [...]” (grifo nosso).

49 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5. p. 240.

50 Veja o caso, por exemplo, das Defensorias Públicas, que não estão listadas na Lei de Acesso à Informação (LAI), mas que, dado a função por elas exercida de assistência judiciária, submetem-se às regras contidas na LAI para fins de controle social.

casos, o interesse que prevalece não é o do próprio controlador que divulga o dado em questão, mas de outros atores, como jornalistas, empregados e a sociedade como um todo;<sup>51</sup>

Outro caso possível de aplicação do legítimo interesse de terceiro seria o compartilhamento de dados entre o controlador e terceiros interessados na sua utilização para fins acadêmicos. Um exemplo mais concreto é o compartilhamento de dados entre entes do sistema de justiça, como as Defensorias Públicas, Ministério Público e Poder Judiciário, e estudantes de pós-graduação, com base no legítimo interesse desses terceiros para a elaboração de investigações acadêmicas sobre o acesso à justiça no país.<sup>52</sup>

Ressalta-se que, em todos os casos, os testes relativos à base legal, que serão detalhados adiante, devem ser realizados, a fim de se confirmar que ela é adequada.

Se, por um lado, a previsão do terceiro como um dos sujeitos que pode mobilizar a base legal do legítimo interesse na LGPD se aproxima do RGPD, por outro, ela se distancia, já que na regulamentação europeia foi definido quem é terceiro e quando ele se enquadra na figura de recipiente. O recipiente é definido pelo regulamento europeu como a pessoa física ou jurídica, autoridade pública, agência ou outro órgão, ao qual os dados pessoais são divulgados, seja um terceiro ou não.<sup>53</sup> Para ilustrar esta figura, o *European Data Protection Board*<sup>54</sup> utiliza o exemplo do pagamento de salários de funcionários das instituições da União Europeia (UE). Nesse caso, a folha de vencimento não vai apenas para o trabalhador, mas também para o Eurostat (organização estatística da UE), ente que, na hipótese, se configura como recipiente. Logo em sequência, o regulamento traz a definição do terceiro, sendo este a pessoa física ou jurídica, autoridade pública, agência ou organismo diferente do titular dos dados, controlador, processador e pessoas que, sob a autoridade direta do controlador ou operador, estão autorizados a tratar dados pessoais.<sup>55</sup>

---

A mesma lógica pode ser aplicada a algumas associações de classe, especialmente aquelas com propósito de autorregulação e certificação como base para se legitimar como órgão normatizador.

51 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** 2014. p. 27.

52 É importante ressaltar que a LGPD não excepcionou de forma integral do seu escopo de aplicação da lei as atividades de tratamento de dados para fins acadêmicos (artigo 4, II, “b”), na medida em que tais atividades devem observar os artigos 7º e 11. Em outras palavras, tais atividades de tratamento de dados devem se amparar em uma das bases legais constantes dos referidos dispositivos da lei. Leia-se o artigo em questão: “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: [...] b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei.”

53 PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulação 2016/679. General Data Protection Regulation. “Article 4 (9): ‘recipient’ means a natural or legal person, public authority, agency or another body, to which the personal data are disclosed, whether a third party or not. 2 However, public authorities which may receive personal data in the framework of a particular inquiry in accordance with Union or Member State law shall not be regarded as recipients; the processing of those data by those public authorities shall be in compliance with the applicable data protection rules according to the purposes of the processing.”.

54 “An illustrative example may be salary payments of officials of the EU institutions and bodies. The salary slip does not only go to the employee, but also to the institution or body where he or she works, and Eurostat receive the data” (compiled). EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Glossary.** Disponível em: [https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/r\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/r_en)

55 PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulação 2016/679. General Data Protection Regulation., “Article 4 (10): ‘third party’ means a natural or legal person, public authority, agency or body other than the data subject, controller, processor and persons who, under the direct authority of the controller or processor, are authorised to process personal data;”.

## ACHADO Nº 4 E RN 2

A previsão de que o interesse legítimo pode ser de um terceiro foi introduzida na versão do Anteprojeto de lei de proteção de dados encaminhada ao Congresso, que se tornou o PL 5276/2016. Diferentemente do RGPD, a lei brasileira não traz uma definição de quem seria o terceiro, nem quando este se enquadra na figura de recipiente, de modo que é ainda mais desafiador interpretar o alcance da base legal do legítimo interesse de terceiro na LGPD, e é tarefa urgente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) endereçar a questão. Como exemplos de quem pode ser um terceiro em uma relação de tratamento de dados pessoais, há desde pessoas naturais e jurídicas até a coletividade. É recomendável tratar distintamente tais categorias de terceiro, na medida em que implicam riscos diferentes para os titulares, além de reforçar que o emprego da base legal deve sempre se dar em situação concreta. Nesse sentido, cabe, aliás, ao próprio controlador avaliar se o interesse desse terceiro é, de fato, legítimo.

### B.1. 2) OS DEVERES DECORRENTES DO LEGÍTIMO INTERESSE

O legítimo interesse é uma base legal que depende de algumas condições para ser aplicável. Dentre estas condições, está, em primeiro lugar, a existência de um interesse que seja, de fato, legítimo. Essa qualificação só é alcançada quando são cumpridos uma série de deveres, listados abaixo.

#### B.1.2.1) O ALCANCE DO ARTIGO 10 DA LGPD

O art. 10<sup>56</sup> da Lei Geral de Proteção de Dados é o dispositivo que explicita todas as condições para a aplicação do legítimo interesse. Conforme mencionado anteriormente, ele surgiu no anteprojeto de lei que deu origem à LGPD, especialmente a versão da segunda rodada de consulta pública promovida pelo Ministério da Justiça, em 2015. Assim, quando o projeto 5276/2016 foi enviado à Câmara dos Deputados, ele contava com uma versão do art. 10 semelhante à que veio a ser finalmente aprovada.

O conteúdo do artigo em questão revela uma preocupação, externada por organizações como GPoPAI e ITS-Rio à época, com a alta carga de discricionariedade dos atores que viriam a fazer uso da base legal: a ideia de um “cheque em branco” para controladores tratarem dados pessoais como bem entendessem. Fazendo frente a tal preocupação, vieram as sugestões de incorporação de elementos das normativas europeias, já consolidados pela interpretação do Grupo de Trabalho do Artigo 29<sup>57</sup> e reforçados nos Considerandos 47 e 48<sup>58</sup> do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD).

<sup>56</sup> BRASIL. Lei 13. 709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). “Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei. § 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

§ 2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

§ 3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial.”

<sup>57</sup> Ainda sob a égide da Diretiva 95/46/EC.

<sup>58</sup> No Considerando 48 do RGPD, diz-se: “At any rate the existence of a legitimate interest would need careful assessment

Assim, surge a ideia de um balanceamento dos direitos em jogo, entre o titular e as entidades que fazem uso dos seus dados.<sup>59</sup> Tão importante quanto compreender que há uma diretriz normativa geral de ponderação de interesses, é entender a função e o alcance do artigo 10 da LGPD, sob pena de cair em uma *armadilha hermenêutica*. Pelo menos três dúvidas interpretativas merecem ser endereçadas:

### **B.1.2.1.1) OS PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE TRAÇADOS NO ART. 10 ALCANÇAM APENAS O CONTROLADOR? OU TAMBÉM TERCEIROS?**

Um primeiro modo de compreender as hipóteses de aplicação do art. 10 é por meio de uma interpretação restritiva, segundo a qual os pressupostos do dispositivo referem-se exclusivamente ao legítimo interesse do controlador, não incluindo aqueles advindos de terceiros. Essa interpretação restritiva poderia ser extraída a partir da escolha de um método interpretativo *literal gramatical*, que parte do pressuposto de que as palavras que compõem o comando normativo representam aquilo que estritamente descrevem. Esta conclusão é válida, contudo, está longe de ser a única interpretação possível do dispositivo.

Uma interpretação<sup>60</sup> sistemática e teleológica<sup>61</sup> do artigo 10, que alcançaria também a figura do terceiro, mostra-se possível.<sup>62</sup> A partir dela, evita-se uma valoração distinta entre os destinatários da norma e, com isso, obtém-se uma aplicação mais uniforme da base legal do legítimo interesse, independentemente de quem seja o seu favorecido. Um resultado hermenêutico preferível para não afetar a própria substância do direito,<sup>63</sup> ainda mais quando o próprio arranjo normativo não justifica por que deveria haver a imposição de deveres em proporções distintas para o controlador e terceiros.

Nesse sentido, é importante lembrar que o artigo 10 da LGPD foi criado para governar todo e qualquer tipo de aplicação do legítimo interesse. O ponto de atenção é a base legal em si e os possíveis abusos que dela podem se desdobrar, pouco importando quem a mobilize. Essa interpretação ampliada do alcance do artigo 10 está alinhada com o próprio espírito de uma lei geral de proteção de dados, que é ser um estatuto da informação<sup>64</sup> que estabelece, via de regra, deveres e direitos de forma *horizontal* e *simétrica* entre os diferentes atores que compõem esse ecossistema informacional. Ao mesmo tempo, decorre de

---

including whether a data subject can reasonably expect at the time and in the context of the collection of the personal data that processing for that purpose may take place.”. PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulação 2016/679. General Data Protection Regulation.

59 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 235.

60 Sobre as diversas técnicas hermenêuticas atuais e o seu repúdio ao método escolástico de prevalência de um método sobre o outro, especialmente o literal-gramatical: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. Malheiros Editores. p. 43

61 Por interpretação teleológica quer dizer ter-se em vista a globalidade dos fins a que serve a lei, que, com base na coerência, apoia-se na localização de um preceito no teto da normativa e na sua conexão com outros preceitos. Em: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª ed. p. 464.

62 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª ed. p. 450.

63 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 8ª ed. 2001. p. 313.

64 A LGPD inaugurou uma nova lógica, que busca regular uma ordem informacional, algo que não havia antes de forma tão sistematizada e harmônica. Ver: SCHERTEL, Laura Mendes. Palestra “Seminário Internacional – Lei Geral de Proteção de Dados: a caminho da efetividade”. Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0E0USaGQ6h8>>

uma leitura do todo da LGPD e não apenas das suas “tiras”<sup>65</sup> - nesse caso, o texto isolado do artigo 10.<sup>66</sup>

### **B.1.2.1.2) AS CONDIÇÕES DISTRIBUÍDAS AO LONGO DOS INCISOS E PARÁGRAFOS DO ARTIGO 10 SÃO CUMULATIVAS OU ALTERNATIVAS?**

Uma segunda questão interpretativa a ser endereçada sobre o art. 10 diz respeito às condições distribuídas ao longo de seus incisos e parágrafos: seriam elas condições cumulativas ou alternativas? O espaço para interpretação surge do fato de que o *caput* do artigo em questão determina que as finalidades legítimas serão “consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: [...]”.

A leitura do *caput* assim redigido, sem um exercício hermenêutico mais aprofundado, abre margem tanto para o entendimento de que (i) os pontos listados na sequência, bem como outros não descritos, poderiam cada um ensejar a aplicação do legítimo interesse separadamente, quanto de que (ii) ambos os pontos em sequência devem ser observados enquanto requisitos de aplicação da base legal e, ainda, poderiam se considerar outras condições necessárias, a depender do contexto.

Novamente, tendo em vista as possibilidades abertas pela literalidade do texto (que proporciona uma possibilidade de interpretação, mas não a única), exige-se o recurso a critérios interpretativos, a fim de se chegar à sua *mens legis*. No caso, um critério, o da teleologia objetiva, merece análise mais pormenorizada.

Esse critério se funda na coerência entre o dispositivo específico e a lei em que ele se inscreve, tendo em vista que grande parte das regras jurídicas têm função de preencher certos fins em combinação com outras normas, ou seja, completar finalisticamente outras disposições.<sup>67</sup> No caso, o objetivo central do artigo 10 é o de criar parâmetros que norteiem a aplicação do legítimo interesse como um todo e promovam o equilíbrio de interesses que é o fim da própria norma.

Tomando este ponto como premissa, a interpretação de que as condicionantes são alternativas leva a um resultado criticável, o de que bastaria a promoção das atividades do controlador para que se configure legítima a hipótese legal. Com isso, a própria função do artigo 10, que é o balanceamento dos interesses do controlador ou de terceiros frente ao do titular, ficaria esvaziada.

## **ACHADO Nº 5 E RN 3**

Colocando em prática as técnicas de hermenêutica jurídica sobre a interpretação do art. 10 da LGPD, entende-se que o dispositivo (i) refere-se tanto ao legítimo interesse do controlador, quanto de terceiros e que (ii) a relação de incisos e parágrafos do artigo impõe condicionantes cumulativas e não alternativas. Com isso, garante-se uma aplicação uniforme da base legal do legítimo interesse, independentemente de quem a mobilize, bem como para que não se esvazia a função do artigo 10 como um todo, que é a de promover o balanceamento dos interesses do controlador ou de terceiros frente aos do titular. Uma interpretação sistemática e teleológica do artigo 10 está alinhada com o próprio espírito de uma lei geral de proteção de dados, que é o de estabelecer, via de regra, deveres e direitos de forma horizontal e simétrica.

65 A expressão é de GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. Malheiros Editores. p. 17.

66 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. Malheiros Editores. p. 44.

67 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento Jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 8ª ed. 2001. p. 141.

### **B.1.2.2) OS DEVERES EXIGIDOS PARA A UTILIZAÇÃO DA BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE TAMBÉM SE APLICAM A MICROEMPRESAS E A EMPRESAS DE PEQUENO PORTE?**

Uma vez que este documento tem como objetivo propor interpretações que possam balizar atividades de tratamento de dados de empresas e entidades de diferentes dimensões, é importante partir de um pressuposto ditado pela própria LGPD: o tratamento potencialmente diferenciado para microempresas, empresas de pequeno porte e negócios inovadores e disruptivos, como *startups*. Com isso, abre-se espaço para uma regulação assimétrica quando o porte e o volume, sem deixar de lado os riscos da atividade de tratamento de dados, justificam um regime normativo mais brando para não prejudicar a livre concorrência (artigo 2o, VI, da LGPD)

Conforme disposto pelo art. 55-J, XVIII, é competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que esses modelos de negócios possam se adequar à lei. Trata-se de disposição que está em consonância com um dos objetivos centrais da LGPD, que é harmonizar a proteção de dados pessoais dos titulares ao desenvolvimento econômico e à inovação.

Nesse sentido, ficará a critério da Autoridade Nacional delimitar um regime normativo específico para esse grupo de empreendimentos, podendo incluir questões procedimentais mais brandas também no que toca ao legítimo interesse. Um exemplo do que poderia acontecer, na prática, é uma interpretação menos rígida da exigência da documentação ou o relaxamento dos componentes do LIA.

Entretanto, é importante ressaltar que, em que pese a previsão de tratamentos especiais para empresas de menor porte, os deveres documentais e procedimentais referentes à utilização da base legal do legítimo interesse, a princípio, direcionam-se a todos os modelos de negócio, isto é, são horizontais. Tendo em vista que a Autoridade acaba de ser criada e que sua estrutura é enxuta, considerada a quantidade de atribuições, é incerto quando essas normativas serão criadas, e mesmo quando forem, não é possível prever qual será o seu conteúdo exato.

## **ACHADO Nº 6 E RN 4**

A LGPD foi construída tendo como base a necessidade de equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e o desenvolvimento econômico e inovação. Dessa dupla decorre a própria figura do legítimo interesse, conforme discutido anteriormente. Nesse sentido, a lei também consagrou a previsão de um possível regime diferenciado para pequenos negócios, inclusive quanto a procedimentos como prazos, a ser futuramente definido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Essa procedimentalização diferenciada pode ser aplicada ao legítimo interesse, como, por exemplo, pela não exigência da documentação ou pelo relaxamento dos componentes do LIA. Entretanto, é importante pontuar que se trata de uma possibilidade em aberto, de forma que, em princípio, aplicam-se horizontalmente, a todos os agentes de tratamento, as previsões da lei.

## B.2) ÔNUS ARGUMENTATIVO REFORÇADO COM RELAÇÃO A ALGUNS DOS PRINCÍPIOS

Quando se olha para as condições que devem ser preenchidas para garantir a aplicabilidade do legítimo interesse, fica claro que o que elas criam, para o controlador e terceiros, é um *ônus argumentativo* reforçado em relação a alguns dos princípios da legislação, como finalidade, necessidade e transparência.<sup>68</sup> Os princípios da LGPD, descritos no art. 6º, têm incidência horizontal, irradiando-se sobre todos os seus dispositivos e independentemente de qual seja a base legal, mas, no caso do legítimo interesse, optou-se por empregar maior vigor em relação a alguns deles.<sup>69</sup> Se não se chegasse a essa conclusão, grande parte do artigo 10 seria *meramente decorativa* e se esvaziariam parâmetros de ponderação entre os diferentes interesses em jogo.

Os princípios também servem como uma *barreira de modulação* ao voto de confiança dado ao agente de tratamento de dados, que é quem terá discricionariedade para avaliar se o seu interesse é legítimo. É ele que primeiro levanta a voz para aferir se um interesse é legítimo ou não, de modo que a racionalidade da LGPD foi articular parâmetros para uma prestação de contas a respeito desse juízo de valor que lhe cabe, em linha com o princípio da responsabilidade e prestação de contas (artigo 6º, X). Tal diferenciação tem implicações normativas, exploradas no presente documento.

### B.2.1) FINALIDADE E ADEQUAÇÃO

Os primeiros dois princípios que permitem derivar as condições de aplicabilidade do legítimo interesse são a finalidade e a adequação, pelos quais a finalidade deve ser específica para cada tratamento de dados pessoais, que, por sua vez, deve se limitar a essa finalidade e ser plenamente adequado para o seu preenchimento.

#### B.2.1.1) SITUAÇÃO CONCRETA

Como mencionado anteriormente, o interesse (e a finalidade, no caso brasileiro) além de legítimo, deve ser concreto. Diferente da Diretiva 95 e do Regulamento Geral de Proteção de Dados, em que este elemento foi acoplado à disciplina do legítimo interesse por orientações/interpretações não vinculantes,<sup>70</sup> no caso da norma brasileira a concretude vem estampada no próprio art. 10, segundo o qual “o legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de *situações concretas* [...]” (grifo nosso).

A inserção do termo não se deu por acaso, mas foi fruto de colaborações à época das discussões do Anteprojeto.<sup>71</sup> Assim, a situação concreta representa mais um requisito para que o legítimo interesse não

68 DATA PROTECTION NETWORK. **Guidance on the use of Legitimate Interests under the EU General Data Protection Regulation**. Reino Unido, 2017. Disponível em: <https://www.dpnetwork.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/DPN-Guidance-A4-Publication-17111.pdf>

69 BUCAR, Daniel; VIOLA, Mario. **Tratamento de Dados Pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos**. In Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro. Thomson Reuters, 2019. p. 476.

70 A exemplo dos pareceres do antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29. Cf. ARTICLE 29, Data protection working group. Opinion 06/2014, on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, p. 55 (“be sufficiently clearly articulated to allow the balancing test to be carried out against the interests and fundamental rights of the data subject (i.e. sufficiently concrete); [...]”).

71 “[...] Quando o tratamento se der com base no legítimo interesse é necessário um teste específico de balanceamento, em que serão colocados na balança os interesses legítimos, esses interesses legítimos de quem está se valendo desta hipótese eles tem que ser reais, eles não podem ser especulativos, eu não posso achar que no futuro eu vou tratar esses dados pessoais

seja concebido como um “cheque em branco”. Por tal razão, a existência de um contexto real em que se dará o tratamento de dados é imposta àqueles que desejam se utilizar da base legal, não sendo aceitas situações que podem vir, ou não, a existir no futuro, ou que sejam abstratas e genéricas.

Esse requisito se relaciona diretamente com o princípio da finalidade, já que, se é verdade que o legítimo interesse não vem atrelado a uma finalidade *a priori*,<sup>72</sup> como é o caso de outras bases legais,<sup>73</sup> isso não significa que ele não requeira uma finalidade específica para *cada situação* de tratamento de dados pessoais, observada em sua concretude.

Assim, o tratamento de dados levado a cabo com base na hipótese do legítimo interesse deve ser realizado de forma adequada à finalidade concreta pretendida.

## ACHADO Nº 7 E RN 5

O legítimo interesse desencadela um ônus argumentativo maior quanto ao princípio da finalidade, já que, para evitar seu uso de forma especulativa, o legislador optou por frisar que sua aplicação é derivável apenas de uma situação concreta. Tal reforço cumpre uma função que serve ao próprio agente de tratamento de dados, já que, quanto mais bem delineado for o seu interesse, mais fácil será a sua ponderação, especialmente para se analisar se a quantidade de dados processados é realmente necessária, bem como quais são as medidas de mitigação de impacto aos direitos e liberdades do titular. Em sentido contrário, quanto mais genérico for o seu interesse, mais desarticulado será o exercício de ponderação e mais difícil será a demonstração de que o agente de tratamento de dados não está abusando da sua posição.

### B.2.3) BOA-FÉ

Além das condicionantes do *caput* do art. 10 (finalidade legítima e concreta), o inciso II traz novos elementos, que devem ser observados quando a finalidade for de “proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem”. A essa finalidade é acoplado um novo fator: o respeito às “legítimas expectativas dele [o titular] e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei”.

Imediatamente, a proposição gera um questionamento: seria o respeito à legítima expectativa do titular exigível, por parte do controlador, apenas no caso dessa finalidade específica? Entendemos que não. Para justificar tal posição, em primeiro lugar, é importante entender do que se trata a legítima expectativa e qual é a sua relação com um princípio muito caro ao direito brasileiro e que norteia toda a LGPD: o

---

para essa finalidade hipotética que possa ser útil para a sociedade, eles têm que ser baseados em casos concretos. Essa situação concreta e específica tem que ser colocada na balança em contraponto com direitos fundamentais [...]”. Fala de Renato Leite Monteiro na Reunião Deliberativa do PL 4060/12 sobre o tratamento e proteção de dados pessoais, realizada em 05/04/2017, que relembra esse como sendo um dos pontos de tensão à época da segunda consulta pública em 2015 do anteprojeto de lei. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=F1\\_NiqrjRs](https://www.youtube.com/watch?v=F1_NiqrjRs); 1h20min05sec - 1h20min40sec.

72 LEONARDI, Marcel. **Legítimo interesse**. Revista do Advogado AASP. Nº 144. 2019. p. 69.

73 No caso brasileiro, pode-se citar a proteção ao crédito, que foi inserida na reta final de tramitação do PL 4060/2012 na Câmara dos Deputados.

princípio da boa-fé.<sup>74</sup>

Destaca-se que, na redação do inciso II, o interesse do titular é diretamente promovido pela letra da lei e é a primeira fase em que efetivamente há um sopesamento dos interesses do controlador e do titular dos dados.<sup>75</sup> De acordo com a *Opinion* do Working Party 29 sobre legítimo interesse, requer-se, nesse caso, uma análise de *compatibilidade*, isto é, uma verificação sobre a *proximidade contextual* entre o uso feito dos dados do titular e aquilo que ele espera. Ele espera ou deveria esperar aquele uso específico? Em termos mais coloquiais, ele não se sentirá “traído” ou “assustado” com tal uso do seu dado pessoal? Caso a expectativa já exista, o impacto do tratamento provavelmente já foi dimensionado. Mas, caso essa expectativa não exista, o impacto (positivo ou negativo) será inesperado para o titular, o que deve ser levado em consideração no processo de balanceamento.<sup>76</sup> Nisso consiste a legítima expectativa.

Importante destacar, também, que a análise de compatibilidade está diretamente relacionada com o princípio da finalidade, já que sua própria definição é a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma *incompatível* com essas finalidades”. Dessa forma, deve-se analisar se o tratamento posterior é próximo do uso original dos dados pessoais e se o titular dos dados tem a expectativa de que o uso secundário seja realizado.

Tal conformação está relacionada à boa-fé, presente no *caput* do art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados como um norte para todos os outros princípios previstos neste artigo.<sup>77</sup> Ao incluir esse dispositivo, o legislador brasileiro amarrou duplamente os conceitos jurídico-indeterminados da legítima expectativa e do legítimo interesse a um elemento bastante tradicional da cultura jurídica brasileira.<sup>78</sup>

O princípio da boa-fé irradia a existência de um dever de conduta por parte do agente de tratamento de dados, com destaque para: (i) lealdade junto ao titular dos dados, de sorte que não frustre a *confiança* nele depositada, o que somente é aferível caso a caso; com isso, abre-se espaço para que haja novos usos (secundários) dos dados, mas que não contrariem o contexto do fluxo informacional;<sup>79</sup> e (ii) cuidado, que está ligado à noção de abuso de direito, isto é, que o direito em processar dados pessoais não “exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, [...] pelos bons costumes”.<sup>80</sup> Nesse sentido, o instituto do abuso de direito seria o portal de entrada para os “os limites éticos e sociais impostos a uma atividade”, justamente em um momento em que se verifica uma guinada da ética em meios aos debates regulatórios sobre as novas tecnologias.

<sup>74</sup> Para ver mais sobre a correlação entre “legítima expectativa”, o princípio da confiança e da boa-fé no direito brasileiro: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos dos Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 282; MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1238; e LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paulo: Atlas, 2012, p.143.

<sup>75</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 237.

<sup>76</sup> DATA PROTECTION NETWORK. **Guidance on the use of Legitimate Interests under the EU General Data Protection Regulation**. Reino Unido, 2017. p. 17. Disponível em: <https://www.dpnetwork.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/DPN-Guidance-A4-Publication-17111.pdf>

<sup>77</sup> A boa fé seria um “princípio dos princípios”: “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa fé e os seguintes princípios: [...]”.

<sup>78</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5. p. 225.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>80</sup> BRASIL. Código Civil. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Dessa forma, o legislador brasileiro procurou evitar um “transplante legal”<sup>81</sup> inadequado do legítimo interesse do direito comunitário europeu, sem que houvesse a devida correspondência e encaixe no ordenamento jurídico brasileiro. A boa-fé cumpre, portanto, essa função de modulação em torno da introdução de um conceito jurídico indeterminado e, até então, estranho no Brasil.

A partir dessas considerações, parte-se para uma análise sistemática dos dispositivos da LGPD referentes ao legítimo interesse, especificamente a previsão de respeito às legítimas expectativas, e à boa fé. Tal análise leva em consideração tanto a coerência interna (semântica) dos dispositivos, quanto a própria estrutura e topografia da lei, um argumento secundário, mas que, nesse caso, está diretamente alinhado com a sistemática geral da norma.

A inclusão da boa-fé no *caput* do art. 6º, que é o cerne do dispositivo e exprime a sua norma geral,<sup>82</sup> é indicativa da centralidade do princípio, inclusive em relação aos demais, que são desdobramentos do *caput*, expressos em incisos. Como princípio, a boa-fé está inserida na seção de disposições preliminares da lei, que também conta com fundamentos (art. 2º), escopo de aplicação (art. 3º e art. 4º) e definições (art. 5º). Representa, nesse sentido, parte do núcleo de premissas que orientam a normativa e recaem sobre todos os seus artigos.

A previsão relativa ao legítimo interesse, por sua vez, é desdobrada em dois artigos, ambos pertencentes à primeira seção do Capítulo “Do Tratamento de Dados Pessoais”, intitulada “Dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais”. O art. 10, sobre o qual se discorre longamente nesse documento, completa a previsão do art. 7º, o qual meramente enumera as bases legais possíveis para o tratamento de dados pessoais. Assim, o art. 10 tem como objetivo disciplinar, de forma mais detalhada, o legítimo interesse enquanto hipótese autorizativa específica.

O art. 10 possui a estrutura tradicional de um artigo de lei, já que conta com o *caput*, incisos, que o desdobram e, nesse caso, exemplificam a norma geral nele enunciada, e parágrafos, que explicam ou modificam a disposição principal.<sup>83</sup> A previsão referente à exigência de respeito à legítima expectativa, objeto desse item do documento, é um desdobramento que exemplifica finalidades possíveis para o tratamento de dados pessoais baseado no legítimo interesse.

O ponto de inflexão, entretanto, é que o artigo determina que o legítimo interesse somente poderá fundamentar o tratamento de dados considerando circunstâncias que incluam o apoio e promoção de atividades do controlador (inciso I) e a proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais (inciso II).

Destaca-se aqui a utilização da conjunção aditiva “e” e não alternativa “ou”, escolha legislativa não trivial, que traz consequências diretas para a correta interpretação do texto, pois o legítimo interesse somente poderá ser aplicado quando ambas as condicionantes dos incisos forem observadas. Nesse sentido, por mais que a situação concreta do tratamento promova atividades legítimas do controlador, ainda é dever deste atender às previsões do inciso II, sendo o respeito às legítimas expectativas do titular um de seus requisitos.

<sup>81</sup> A ideia de um “legal transplant” foi cunhada por Alan Watson nos anos 70 para indicar a transposição de uma norma ou mesmo um sistema jurídico de um país para outro. Em: A. Watson, **Legal Transplants: An Approach to Comparative Law**, Edinburgh, 1974.

<sup>82</sup> ALVARENGA, Marcos de Castro; LESSA, Beatriz Helena Mendes Ribeiro. **Técnica Legislativa**. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://camaramuriae.mg.gov.br/portal/wp-content/uploads/2018/08/apostila-tec-legislativa-unificada.pdf>

<sup>83</sup> MARINHO, Arthur de Sousa. **Sentença de 29 de setembro de 1944**. Revista de Direito Administrativo, vol I. p. 227. Cf. também PINHEIRO, Hesio Fernandes. **Técnica Legislativa**. 1962. p. 100.

Trata-se de leitura coerente com a ideia, aqui reafirmada, de que é pelo princípio da boa-fé que a interpretação das bases legais, e das outras normas contidas na LGPD, deve se orientar. A consideração da legítima expectativa do titular de dados pessoais na aplicação do legítimo interesse nada mais é do que o equilíbrio, buscado a todo momento pela lei, entre interesses eventualmente conflitantes, mas que devem ser harmonizados e promovidos conjuntamente: a proteção dos dados pessoais do titular e a promoção das atividades econômicas dos agentes de tratamento. Sem tal garantia, a proteção conferida pela boa fé é desnaturada e cria-se uma situação de flagrante desproporcionalidade. Assim, trata-se de um caso em que as diferentes técnicas interpretativas convergem para um mesmo entendimento: a consideração da legítima expectativa do titular como estruturante da hipótese do legítimo interesse, em todos os casos, decorre de uma análise teleológica objetiva, do sentido e finalidade da norma, mas também de um olhar atento para o texto literal da lei.

Como ressalva, destaca-se que tal entendimento não garante que a legítima expectativa do titular *prevalecerá* em todos os casos (e.g., prevenção à fraude), mas sim que ela será considerada e analisada junto aos elementos que demonstram o interesse do controlador para que, a partir do equacionamento entre ambos, chegue-se a uma decisão final sobre o tratamento de dados. Esse aspecto, do balanceamento, será melhor abordado na seção sobre o teste do legítimo interesse.

## ACHADO Nº 8 E RN 6

A ideia de legítima expectativa, que integra a previsão do legítimo interesse, se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé, na medida em que ele está calcado em um dever de lealdade e não frustração da confiança do titular de dados. Além disso, uma outra figura parcelar da boa-fé é a vedação do abuso de direito, isto é, uma limitação ao tratamento de dados pessoais que não passe no “teste” do legítimo interesse. Na interpretação dessa base legal, deve-se levar em consideração a forte influência do princípio da boa-fé no direito privado brasileiro, de forma a se evitar um transplante legal inadequado da figura do legítimo interesse para o ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido, é importante frisar que a boa-fé é o “princípio dos princípios”, não por acaso posicionada no caput do artigo 6º, o que revela a sua centralidade frente aos demais princípios listados ao longo dos incisos correspondentes. Como resultado, a melhor interpretação do dispositivo é aquela que considera que a legítima expectativa do titular deve ser considerada em todo caso de aplicação do legítimo interesse, ainda que ela não venha a prevalecer no resultado final do balanceamento de interesses em jogo, por não ser um valor absoluto (e.g., prevenção a fraudes).

### B.2.4) NECESSIDADE

Junto à finalidade e adequação, também o princípio da necessidade é uma das condições de aplicabilidade do legítimo interesse. Os princípios, vale lembrar, espraiam-se para todas as situações de tratamento, logo para todas as aplicações de bases legais, inclusive a do legítimo interesse. No caso dessa hipótese, entretanto, a remissão ao princípio da necessidade é explícita.

### B.2.4.1) MINIMIZAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO

Diz o art. 10, §1º da LGPD que: “§ 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.” Trata-se de reflexão do histórico<sup>84</sup> princípio da necessidade, ou minimização, segundo o qual deverá ser considerada a menor quantidade possível de dados pessoais que seja suficiente para atender à finalidade pretendida, e não mais do que isso.<sup>85</sup>

Além da análise sobre a mínima quantidade de dados, dever-se-á observar também se outra base legal, que não o legítimo interesse, poderia ser aplicada no caso concreto.<sup>86</sup> Isso não significa que haja uma hierarquia estabelecida entre as bases legais, mas sim que se trata de um exercício de reflexão que serve ao próprio agente de tratamento de dados, na medida em que as demais bases legais não demandam, via de regra, um ônus argumentativo reforçado, tal como o exigido pelo legítimo interesse.

A necessária observância da existência de outra base legal aplicável não torna o legítimo interesse hierarquicamente inferior, pois em qualquer espécie de tratamento o controlador deverá se voltar às hipóteses previstas nos incisos do art. 7º, buscando compreender qual é a mais adequada para sua atividade. A necessidade de verificação de outras bases legais aplicáveis ao tratamento em todos os casos é, justamente, consequência da inexistência de hierarquia entre elas, na medida em que todas são potencialmente cabíveis. Isso torna a adequação entre a previsão normativa e o caso concreto o critério de determinação da base aplicável.

É importante ressaltar que o adjetivo “necessário” não se confunde com “indispensável”, mas também não é sinônimo de “útil” ou “desejável”. Dessa forma, a maneira mais fácil de se identificar a necessidade, para fins de aplicação do legítimo interesse, é questionar se existe outra forma de atingir a finalidade ou interesse identificado, com menor intrusividade sobre os dados pessoais.<sup>87</sup> Tal teste pode chegar a algumas respostas: se não houver outra forma de atingir a finalidade ou se a outra forma exigir esforço desproporcional, então o tratamento pode ser considerado necessário. Se houver diferentes formas de se atingir a mesma finalidade ou interesse, entretanto, é **possível (embora não obrigatória)** a realização de um Relatório de Impacto à Proteção de Dados<sup>88</sup> para ajudar a identificar a hipótese menos intrusiva.

### B.2.4.2) MINIMIZAÇÃO EM SENTIDO LATO

Se existe uma minimização em sentido estrito, isto é, pensada para mitigar o caráter intrusivo do tratamento de dados, também se deve abordar um outro tipo de minimização, em sentido lato, que não diz respeito à *quantidade* de dados coletados e tratados, mas ao *impacto* que o tratamento tem sobre os direitos e liberdades fundamentais do titular de dados.

<sup>84</sup> Presente, por exemplo, na Convenção 108 do Conselho da Europa, primeiro documento vinculante sobre proteção de dados pessoais.

<sup>85</sup> Mais acima, no art. 6º, que define os princípios norteadores da lei, diz-se: “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] 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;”.

<sup>86</sup> BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 236.

<sup>87</sup> DATA PROTECTION NETWORK. **Guidance on the use of Legitimate Interests under the EU General Data Protection Regulation**. Reino Unido, 2017. p. 17. Disponível em: <https://www.dpnetwork.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/DPN-Guidance-A4-Publication-17111.pdf>

<sup>88</sup> Lembrando que a própria LGPD estabelece a prerrogativa da Autoridade Nacional de Proteção de Dados de requerer o relatório de impacto à proteção de dados pessoais do controlador na hipótese de tratamento baseado no legítimo interesse.

Sendo assim, não importa se poucos ou muitos dados estão sendo manejados em um determinado tratamento para determinada finalidade; mas se parte do pressuposto de que qualquer tratamento apresenta potencial lesivo para o titular de dados, de forma que, independentemente da quantidade de dados, o controlador deve incorporar medidas de mitigação de riscos.

Essa faceta da minimização é extraída do próprio art. 10, inciso II, na medida em que ele condiciona a fundamentação do tratamento no legítimo interesse à, dentre outros elementos, “proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas [...] os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei”. Medidas de promoção e proteção dos direitos e liberdades dos titulares, que se enquadram nessa categoria são, por exemplo, a anonimização ou pseudonimização, já que são aptas a mitigar os potenciais impactos negativos de um tratamento de dados pessoais. Isso também explica porque o teste multifatorial da LGPD está dividido em quatro passos, o que será abordado mais à frente.

## ACHADO Nº 9 E RN 7

Diferente de outras bases legais, no caso do legítimo interesse há referência explícita ao princípio da necessidade como condição de aplicabilidade. A necessidade, ou minimização, divide-se em sentido estrito, que diz respeito ao tratamento da menor quantidade de dados possível para uma determinada finalidade, e sentido lato, que se refere à articulação de medidas de salvaguardas mitigatórias aos riscos para os direitos e liberdades fundamentais dos titulares. Trata-se, portanto, de um dever de cuidado duplo, que deflagra dois juízos distintos, um em torno da menor intrusividade do tratamento de dados, outro acerca da menor lesividade.

### B.2.5) TRANSPARÊNCIA<sup>89</sup>

O quarto princípio evocado pela caracterização legal do legítimo interesse é o princípio da transparência, que na LGPD está positivado no art. 6º, VI. Além de um princípio geral da lei, aplicável a todas as hipóteses de tratamento de dados pessoais, no caso do legítimo interesse ele é reforçado pelo art. 10, §2º, segundo o qual “o controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse”.

A medida de transparência é parte do teste de balanceamento do legítimo interesse, que inclui, após a ponderação dos interesses do controlador ou terceiro e do titular, a inclusão de salvaguardas que possam mitigar quaisquer resquícios de desequilíbrio nessa relação. Quanto maiores os impactos do tratamento sobre o titular, mais atenção deve ser dada às salvaguardas, inclusive com o aumento da transparência e práticas de transparência ativa, isto é, a abertura espontânea de informações, sem a necessidade de requisição por parte do titular.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Importante ressaltar que este princípio, em especial, relaciona-se a outros diplomas normativos que compõem o microsistema de proteção de dados pessoais, com destaque para o Código de Defesa do Consumidor, que dita, no art. 43, o seguinte: “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.”

<sup>90</sup> ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data**

No caso específico dessa salvaguarda, é esperado que o controlador comunique ao titular, de forma clara e transparente (de fácil compreensão), sobre os diversos aspectos do tratamento, desde a sua realização até qual a base legal empregada e por quais motivos, ou seja, porque os interesses do controlador ou de terceiros se sobrepõem, no caso concreto, aos do titular. Tais informações devem ser explícitas, claras e fornecidas separadamente. Essa deve ser a regra, mas é importante pontuar que há espaço para relativização quando a medida de transparência exigir além do que pode ser considerado um “esforço razoável”<sup>91</sup> por parte do controlador.

Além disso, parte do dever de transparência diz respeito à comunicação clara, ao titular, sobre seus direitos, como prevê o art. 9º, §3º, segundo o qual:

Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.

Não é apenas ao titular dos dados que interessa, entretanto, que haja ampla transparência sobre o tratamento com base no legítimo interesse. Isso é importante também para permitir o *escrutínio público* por parte de grupos de interesse (*stakeholders*) relevantes,<sup>92</sup> inclusive autoridades nacionais de proteção de dados. Dito de outra forma, não é porque a base legal não é o consentimento que ela fica esvaziada de qualquer perspectiva de controle e, sobretudo, de contenção de abusos. Nesse caso, a autodeterminação é diferida, uma vez que o titular e a coletividade podem levantar a sua voz durante - e não apenas previamente a - uma operação de dados. Uma das possíveis consequências dessa lógica é que o LIA (*Legitimate Interest Assessment* - Teste do Legítimo Interesse) deveria ser objeto de publicidade.

Nesse sentido é que práticas de transparência ativa possuem fundamental relevância, pois servem como forma de *controle social e não apenas individual*. Adotando a perspectiva de que a proteção de dados tutela bens jurídicos de interesse da coletividade, como a não discriminação e a dignidade humana, a publicidade sobre as práticas de tratamento é de extrema importância. Há casos em que o tratamento abusivo de dados leva a violações de direitos afetos a todo um segmento populacional, sendo conhecidas as situações de discriminação por raça, gênero e perfil socioeconômico em virtude de usos abusivos de dados pessoais. A transparência ativa das empresas desempenha também um papel de responsabilidade social, sujeitando suas próprias práticas à apreciação pública, de um lado; e criando uma cultura que padroniza essa atitude nos mercados, de outro.

Por fim, destaca-se que a transparência ativa cumpre pelo menos mais um papel, além do respeito a uma obrigação legal e um compromisso social do controlador. Ela pode representar também uma simplificação de seus futuros e prováveis trabalhos. Isso porque, em alguns casos, a exigência de abertura total não poderá ser cumprida, a depender dos esforços técnicos razoáveis que isso demandar, conforme mencionado anteriormente. Em segundo lugar, porque se, nesses casos, o controlador for claro a respeito do tratamento de forma ativa, isso pode antecipar eventuais requisições individuais que seriam realizadas em caso contrário.

---

controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. 2014. p. 42.

91 Esse é um conceito que deriva do RGPD (*reasonable efforts*); veja, por exemplo, o artigo 8(2).

92 MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula. **O Legítimo Interesse e o teste da proporcionalidade: uma proposta interpretativa**. *Internet e Sociedade*, V. 2, n. 2, Dezembro de 2020. p. 70 “As medidas de accountability associadas ao legítimo interesse, neste sentido, representam exatamente formas de garantir a possibilidade de escrutínio posterior do emprego da base legal por parte de titulares e outros stakeholders, como o próprio regulador.”

## ACHADO Nº 10 E RN 8

O princípio da transparência é uma das normas que revelam que a autodeterminação informativa vai muito além do consentimento. Ao reforçá-lo como sendo uma das medidas de salvaguarda para a aplicação do legítimo interesse, há uma engenharia normativa que franqueia não só o controle individual, mas também social sobre as atividades de tratamento de dados ao longo do seu curso. Isso porque, embora a noção de esforços razoáveis possa, eventualmente, afastar a exigência de transparência no nível individual, medidas de transparência ativa devem ser estimuladas a fim de se garantir prestação de contas e responsabilidade. Recomenda-se, portanto, que o alcance de tais deveres de transparência seja explicitado pela ANPD e, por parte dos agentes de tratamento de dados, que seja encarado como uma medida de *accountability*.

### B.2.5.1 DIREITO DE OPOSIÇÃO (OPT-OUT)

O Grupo de Trabalho do Artigo 29 (*Article 29 Working Party*) ressalta, em vários pontos<sup>93</sup> de seu parecer (*Opinion*) sobre legítimo interesse, “um direito incondicional de opt-out” como exemplo de salvaguarda que o controlador deve fornecer ao titular na aplicação da hipótese autorizativa do legítimo interesse. Inclusive, trata-se de um dentre quatro itens sobre os quais o parecer se debruça de forma mais aprofundada, junto à relação entre transparência, responsabilidade e prestação de contas (*accountability*) e o empoderamento dos titulares dos dados por meio do direito à portabilidade.

Mas e no caso da normativa brasileira? A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe no art. 18, §2º, que “o titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei”. Trata-se de uma “maneira de o titular obstruir o tratamento dos seus dados”<sup>94</sup> e, com isso, ter mais controle eles, independente da base legal adotada. Isso porque a possibilidade de oposição vale para todas as bases legais ofertadas na lei, à exceção do consentimento, já que essa hipótese conta com a sua própria válvula de escape (a retirada do consentimento).

Resta, para fins de interpretação, um olhar detido sobre a condição que a lei impõe para o exercício do direito: “em caso de descumprimento da lei”. Isto é, o direito de oposição poderá ser exercido pelo titular se houver desrespeito à lei por parte do controlador. Um cálculo possível, sugerido por Bioni<sup>95</sup>, é considerar que, a partir do momento em que medidas de transparência (obrigatórias por força tanto do princípio da transparência, quanto da necessidade de informar ao titular a finalidade do tratamento) são aplicadas, ao titular é concedida a possibilidade de se manifestar sobre o tratamento. Caso ele manifeste sua discordância, por considerar que é contrário às suas legítimas expectativas, e caso o controlador não respeite essa decisão, haveria, então, um desrespeito à lei.<sup>96</sup>

93 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. 2014. p. 3.

94 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 247.

95 Ibidem. p. 248.

96 Trata-se, segundo o autor, de uma interpretação sistemática entre o art. 18, §2º, referente ao direito de oposição, e o art. 10, §2º, que fala da obrigatoriedade de medidas de transparência.

Cabe, contudo, a ressalva de que o direito à oposição, apesar de peça-chave a ser considerada em um processo de avaliação do legítimo interesse, *não é um direito absoluto*,<sup>97</sup> que deverá ser atendido em qualquer circunstância. Primeiramente, a própria condicionante do “descumprimento de lei” já indica que a prerrogativa não se aplica injustificadamente. Além disso, mesmo quando o titular manifesta discordância em relação a algum aspecto do tratamento, isso não deflagra, automaticamente, a exigibilidade do encerramento do tratamento dos seus dados. Isso porque, embora o titular possa decidir se opor ao tratamento, demanda-se uma análise contextual que leve em consideração todos os interesses em jogo.

Nesse sentido, trataremos de uma situação concreta que exemplifica o direito de oposição na prática e demonstra que nem sempre que o titular acusa o controlador de violar, por exemplo, sua legítima expectativa (subjéctiva), isso de fato prevalece. Pode-se levantar a hipótese de uma empregadora que armazenou informações de comportamento impróprio de um colaborador. Não seria apenas a alegação de quebra de expectativas subjéctivas por parte do colaborador que ensejaria o direito de oposição, uma vez que há margem para sustentação de um interesse do controlador que supera o do titular. Nesse caso, a violação do tratamento não é presumível, nem, portanto, surge de pronto o direito de oposição.

A situação mencionada, contudo, não afasta a conclusão de que o direito de se opor ao tratamento de dados é a regra. Seria um equívoco pressupor que o carácter contingencial inerente às ciências jurídicas implica na inexistência de direitos. Sem dúvida, há situações específicas e contextos não generalizáveis em que determinados direitos não são aplicáveis. Essa asserção, contudo, não pode levar à conclusão de que previsões legais deixaram de estar garantidas em sua generalidade. A hipótese antes descrita apenas traça a ressalva de que, assim como todo e qualquer direito, a oposição do titular não é absoluta, existindo casos de conflitos em que sua aplicabilidade não ocorre automaticamente. Porém, a regra continua a ser a existência da prerrogativa.

Por fim, destaca-se que, conforme aquilo defendido pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29, o *opt-out* pode ser encarado não apenas como um direito, mas também como uma das possíveis salvaguardas a serem aplicadas por iniciativa do controlador. Uma forma de, ao final do processo de balanceamento de interesses, mitigar os possíveis impactos negativos sobre o titular dos dados e “deslocar a balança” em favor da legalidade definitiva do tratamento.<sup>98</sup>

---

97 Anota-se que a RGPD traçou um regime mais detalhado sobre o direito de oposição, enunciando, inclusive, uma hipótese aonde este seria absoluto - para fins de marketing (artigo 24 (2) (3)).

98 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC**. 2014. p. 45.

## ACHADO Nº 11 E RN 9

A LGPD condiciona o direito de oposição à existência de um “desrespeito à lei”. Sendo a legítima expectativa um dos parâmetros de legalidade do legítimo interesse, e a transparência um princípio reforçado, uma possível interpretação é que o direito de oposição poderia ser desengatilhado sob o argumento, por parte do titular, de que sua confiança foi frustrada, o que será analisado contextualmente tendo como baliza os outros interesses em jogo. Caso contrário, tais parâmetros teriam o seu alcance demasiadamente limitado. Essa é uma recomendação normativa que evita um regime assimétrico entre as bases legais, mais especificamente frente ao consentimento, já que nesse caso o titular dos dados detém o direito potestativo de revogá-lo a qualquer momento. Uma interpretação que coloque consentimento e legítimo interesse em pé de igualdade, tal como foram articulados no artigo 7º, é também uma questão de coerência normativa interna da LGPD. Apesar disso, reitera-se que o direito não é absoluto, podendo ser flexibilizado se a análise do caso concreto revelar que o interesse do controlador ou de terceiros supera a legítima expectativa do titular (e.g., prevenção a fraudes). Relevante, ainda, pontuar uma boa prática que pode ser objeto de orientação: a oposição, ou “opt-out”, não apenas como algo que o controlador é obrigado a respeitar, mas sim como uma salvaguarda oferecida por ele, por iniciativa própria.

### B.2.5) RESPONSABILIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Um quinto princípio que pode ser observado no legítimo interesse é o da responsabilização e prestação de contas (*accountability*), disposto no art. 6º, X, LGPD. Ele fica evidente na primeira fase do teste dessa base legal - a verificação da legitimidade do interesse do controlador. Trata-se de análise que cabe a este agente, e somente a ele em um momento inicial, realizar. O controlador deve realizar um teste cuidadoso e apriorístico, levando em consideração os elementos concretos e também as expectativas do titular dos dados.<sup>99</sup>

Ademais, uma vez que a legislação brasileira é explícita no requisito da transparência, isto é, que o controlador evidencie para o titular tanto o tratamento em si, quanto as razões que o permeiam, fica clara a obrigatoriedade de documentação do processo como um todo. Tal obrigatoriedade é reforçada pelo texto do art. 37, que, ao dispor sobre os agentes de tratamento de dados pessoais, prevê que “o controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse”.

Tal previsão explícita, aliada aos elementos presentes no art. 10 (concretude da finalidade, legítima expectativa do titular, exigência de transparência), distanciam a LGPD do RGPD, já que, no caso da legislação brasileira, os requisitos dos testes de legitimidade e de balanceamento, bem como a questão do registro do tratamento, estão inscritos na letra da lei.<sup>100</sup> Isto vai desaguar em um exercício de documentação especial quando uma atividade de tratamento de dados estiver lastreada no legítimo interesse.

99 Ibidem. . p. 43.

100 Enquanto no direito europeu estes elementos vêm da interpretação e dos Considerandos do RGPD.

### B.2.5.1. O TESTE DO LEGÍTIMO INTERESSE ENQUANTO UM REGISTRO ESPECIAL DA ATIVIDADE DE TRATAMENTO DE DADOS EM QUATRO PASSOS

Desde os trabalhos preparatórios da LGPD, já havia sido identificado que o legítimo interesse era uma base legal que atribuiria uma alta margem de discricionariedade aos agentes de tratamento de dados - o que deveria ser devidamente modulado. A saída brasileira foi: (i) prever parâmetros de aplicação no próprio texto da lei, dedicando, diferentemente das demais bases legais, um dispositivo inteiro que detalha qual deve ser o exame de qualificação para que um interesse seja legítimo; e (ii) reforçar a aplicação de alguns dos princípios e, ao cruzar o legítimo interesse à legítima expectativa e a um dever de proteção quanto ao impacto a direitos e liberdades fundamentais do titular, a partir de uma costura direta com o princípio da boa-fé e noção de abuso de direito.

Tudo isso, somado ao realce de que o agente de tratamento de dados deve guardar os registros das suas atividades “especialmente quando baseado no legítimo interesse”, conduz à implicação normativa de que o teste do legítimo interesse (*Legitimate Interest Assessment* - LIA) deve ser obrigatório. Essa interpretação é, ainda, reforçada, com base em todo o processo de construção e aprovação da lei. Do ponto de vista hermenêutico histórico e teleológico, o legítimo interesse é uma espécie de bônus aos agentes de tratamento de dados, mas que vem acompanhado desse ônus de registro especial.<sup>101</sup>

O LIA, aplicado no contexto do RGPD possui variações quanto a sua estruturação, de modo que há versões como a do *Information Commissioner Office*, que subdivide o teste em três fases, e versões como a do antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29, que determina existirem quatro fases.<sup>102</sup> Em que pese a divergência interpretativa no cenário europeu, a estruturação da normativa brasileira se deu de tal forma que a subdivisão de um teste em *quatro fases* se mostra como a mais adequada. São estas: (i) legitimidade; (ii) necessidade; (iii) balanceamento; e (iv) salvaguardas.

Essas quatro etapas estão segmentadas em duas partes. A primeira parte, que compreende as três primeiras fases, atribui o juízo de valor da legitimidade do interesse ao controlador e/ou ao terceiro. A segunda parte, em que está condensada a quarta fase, consiste em uma espécie de *contraditório e ampla defesa* por parte do próprio titular e entidades representativas do seu interesse. Esse último momento do teste cumpre uma função de extrema importância, que é assegurar voz à outra parte cujo interesse deve ser sopesado ao do agente de tratamento de dados, em linha com um dos fundamentos da LGPD: a autodeterminação informacional.

101 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 247.

102 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. 2014**. p. 33. Disponível em: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf)

## QUADRO COMPARATIVO DO LEGÍTIMO INTERESSE NA EUROPA E NO BRASIL

Elaboração própria

FASE/TESTE	EUROPA (ICO)	EUROPA (WP 29)	BRASIL
<b>Fase 1 - Legitimidade</b>  Juízo de valor do controlador ou terceiro	<b>Art. 6(4), b, do RGPD; Recital 47 e 50, da Diretiva 95</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Situação concreta</li> <li>Finalidade lícita</li> </ul>	<b>Art. 6(4), b, do RGPD; Recital 47 e 50, da Diretiva 95</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Situação concreta</li> <li>Finalidade lícita</li> </ul>	<b>Art. 10o, caput, da LGPD</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Situação concreta</li> <li>Finalidade lícita</li> </ul>
<b>Fase 2 - Necessidade</b>  Requisitos constitutivos do legítimo interesse pelo controlador ou terceiro.	<b>Art. 6(4), a, do RGPD; Recital 47, 49, 50, da Diretiva 95</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Adequação</li> <li>Minimização</li> <li>Outras bases legais</li> </ul>	<b>Art. 6(4), e, do RGPD; Recital 47 e 50, da Diretiva 95</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Avaliação de impacto</li> <li>Natureza dos dados</li> <li>Tipo de tratamento</li> <li>Legítimas expectativas</li> </ul>	<b>Art. 10o, § 1º, DA LGPD</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Adequação</li> <li>Minimização</li> <li>Outras bases legais</li> </ul>
<b>Fase 3 - Balanceamento</b>  Requisitos constitutivos do legítimo interesse pelo controlador ou terceiro.	<b>Art. 6o, (4), c, d, e; 6(1), f, do RGPD</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Legítima expectativa</li> <li>Direitos e liberdades fundamentais</li> <li>Salvaguardas: medidas de transparência, direito de oposição, pseudonimização<sup>103</sup></li> </ul>	<b>Art. 6(4), c, d; 6(1), f, do RGPD; Recital 47, da Diretiva 95</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Direitos e liberdades fundamentais</li> <li>Transparência</li> <li>Proporcionalidade</li> </ul>	<b>Art. 6o, I, 7o, IX, e art. 10o, II, da LGPD</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Legítima expectativa</li> <li>Direitos e liberdades fundamentais</li> </ul>
<b>Fase 4 - Salvaguardas</b>  Garantias necessárias quando da aplicação da hipótese e contraditório pelo titular ou entidades representativas dos seus interesses		<b>Salvaguardas: art. 6(4), e, do RGPD; Recital 50, da Diretiva 95</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Medidas de transparência</li> <li>Direito de oposição</li> <li>Pseudonimização</li> <li>Portabilidade</li> </ul>	<b>Salvaguardas: art. 10o, 2o e 3o, da LGPD</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>Medidas de transparência</li> <li>Direito de oposição</li> <li>Pseudonimização</li> </ul>

<sup>103</sup> Na interpretação do antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29, as salvaguardas postas, enquanto requisitos a serem considerados na fase de balanceamento, constituem uma fase própria - e não parte da fase de balanceamento. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. 2014. Disponível em: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf)

Assim, o Brasil optou por um teste do legítimo interesse de quatro fases. O mérito dessa divisão é arquitetar um circuito decisório que considera não apenas o juízo de valor a ser realizado pelo agente de tratamento de dados, mas, também, pelo próprio titular ou representantes de seu direito. Por fim, destaca-se, ainda, que esses 4 passos refletem exatamente a estrutura do artigo 10 e a escolha do legislador brasileiro em não fazer um transplante legal inadequado daquilo que vinha sendo desenvolvido no contexto europeu.

### B.2.5.2) RELATÓRIO DE IMPACTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O último parágrafo do art. 10 da LGPD trata dos relatórios de impacto à proteção de dados: “A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial”.

A partir disso, surge o questionamento: seria o relatório de impacto à proteção de dados *exigível* em toda situação de aplicação do legítimo interesse? Nos parece que não, justamente pelo fato de que, a despeito dessa previsão, não é a base legal em si que deflagra a exigibilidade do relatório de impacto, mas sim o alto risco da atividade em questão, conforme definição trazida pela Lei em seu inc. XVII, art. 5º.<sup>104</sup> Tal risco independe da base legal, até porque, vale lembrar, as hipóteses legitimadoras do tratamento de dados são equivalentes em hierarquia. Dessa forma, o relatório de impacto pode ser encarado como uma boa prática, mas não como uma obrigatoriedade, já que os deveres de responsabilidade e prestação de contas (*accountability*) e de registro das atividades já são integralmente supridos pelo próprio teste do legítimo interesse.

A diferença essencial entre essas duas avaliações é que o teste do legítimo interesse é deflagrado pelo próprio texto da lei e tem como objetivo avaliar a adequação da base legal do legítimo interesse. O relatório de impacto à proteção de dados, por outro lado, tem como gatilho o alto nível de risco de qualquer atividade de tratamento de dados pessoais. O alto risco pode, inclusive, ser identificado no teste do legítimo interesse e engatilhar um relatório de impacto. Assim, o relatório de impacto à proteção de dados *pode* operar como um facilitador das várias fases de análise que a base legal exige para ser aplicável (como a verificação da necessidade) mas também, e principalmente, como um instrumento para governança de dados e demonstração de conformidade com as obrigações legais previstas pela LGPD.<sup>105</sup>

## ACHADO Nº 12 E RN 10

Considerando os deveres deflagrados pelo uso da base legal do legítimo interesse, recomenda-se a não obrigatoriedade da elaboração de um relatório de impacto à proteção de dados pessoais, mas sim de um teste de proporcionalidade de 4 (quatro) etapas. Trata-se de um tipo de documentação que pode modular a discricionariedade conferida aos agentes de tratamento de dados ao se valerem de tal base legal. Com isso, evita-se uma “vulgarização” dos relatórios de impacto, até porque é a atividade de tratamento de dados em si, e não a base legal, que define o nível do risco em uma situação concreta.

104 Esse artigo deve ser combinado com o artigo 55-J, XIII, que é o dispositivo que qualifica o risco como sendo alto.

105 GOMES, Maria Cecília Oliveira. **Relatório de impacto à proteção de dados pessoais. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD.** Revista do Advogado AASP. Nº 144. 2019. p. 176.

## SEÇÃO C – COLOCANDO EM PRÁTICA O TESTE DO LEGÍTIMO INTERESSE (LIA)

Como se notou ao longo da análise feita anteriormente, o legítimo interesse é uma hipótese autorizativa de tratamento de dados que demanda uma análise eminentemente contextual. Tal conceito jurídico abstrato e indeterminado ganha vida somente quando é colado a uma situação fática concreta - para usar o próprio termo da lei. Consequentemente, as 4 fases do teste do legítimo interesse (*Legitimate Interest Assessment* – LIA), que são as etapas qualificadoras para um interesse ser legítimo, alcançam um grau de variação enorme. Não há, portanto, uma “receita de bolo”, com as especificações das quantidades exatas dos ingredientes, para a “fermentação” de tal base legal.

Nesse cenário, a presente seção visa, antes de mais nada, descer a situações concretas - emulando casos reais ou fictícios - para efetivamente enfatizar toda a teoria do legítimo interesse na prática. Contudo, não serão deixadas de lado possíveis *generalizações* setoriais de aplicação do legítimo interesse. Isto é, ao longo das análises realizadas, percebeu-se que havia certa recorrência de algumas das 4 fases do LIA em determinadas atividades de tratamento de dados. Com isso, foi possível identificar um padrão e apontar, para cada setor de atividade, qual das 4 etapas apresenta um maior nível de criticidade. Para tanto, utilizou-se colorações que medem a temperatura do legítimo interesse: (i) vermelho: alta; (ii) amarelo: média e; (iii) verde: baixa. Uma espécie de **termômetro do legítimo interesse**, que não tem como objetivo afirmar se um caso “passa” ou não no teste, mas sim apontar quais os pontos sensíveis que merecem maior atenção por parte dos agentes de tratamento, titulares e autoridades.

### C.1) RELAÇÕES DE TRABALHO

#### C.1.1) CASOS PRÁTICOS

##### C.1.1.1) MONITORAMENTO DOS COLABORADORES

A divisão de programas de assistência social do Ministério da Economia tem, ao todo, mais de 100 funcionários. Apenas 15 deles têm acesso à base com os dados pessoais de cidadãos e cidadãs que detêm algum tipo de benefício social e, consequentemente, às informações solicitadas (dados cadastrais, perfil socioeconômico) para verificação de elegibilidade e manutenção da concessão do benefício. Os demais têm acesso apenas a documentos de trabalho salvos em diretórios da rede interna, relacionados a despachos internos, estudos, pareceres e análises, que não contêm dados dos beneficiários dos programas de assistência social.

Para evitar incidentes de segurança relacionados aos dados pessoais dos beneficiários coletados e armazenados, o comitê de segurança da informação do Ministério discutiu a implementação de medidas de monitoramento de todos os seus colaboradores, com base no legítimo interesse. Não obstante, sua decisão final foi por rechaçar a proposta de submeter todos os colaboradores ao mesmo tipo de monitoramento no ambiente de trabalho. A fundamentação foi de que:

- a) apenas os 15 colaboradores deveriam ter suas estações de trabalho monitoradas e, mais especificamente, com a ativação de um *software* de registro das suas telas apenas quando acessassem as bases de dados dos beneficiários (**fase 1 e 2 do LIA**);
- b) caso contrário, a adoção ampla e geral de tal tipo de monitoramento teria um impacto desproporcional sobre a liberdade de todos os seus colaboradores. Sobre isso, destaca-se que a restrição de ativação do *software* de captura de telas somente quando houver o acesso à base de dados dos beneficiários

também tem o propósito de modular o impacto frente àquela parcela dos empregados submetida a um monitoramento mais intrusivo **(fase 2)**.

### C.1.1.2) USO DE KEYLOGGERS

Um colaborador, que trabalhava como desenvolvedor web para uma empresa que, à época de sua contratação, contava com um quadro de cerca de 20 funcionários, foi desligado em razão de uma análise, pelos empregadores, do produto de um *keylogger*, isto é, um *software* que fica em execução em um computador com o objetivo de monitorar e armazenar todas as entradas do teclado (além do horário da entrada e o intervalo entre duas entradas). Ao ingressar na empresa, o colaborador se comprometeu, por escrito, a utilizar os sistemas e o *hardware* apenas para o cumprimento das tarefas acordadas, por razões de segurança da informação, e o monitoramento revelou que tal acordo foi descumprido. Entretanto, a empresa não comunicou aos funcionários que fazia uso de um *keylogger* para monitorar esse tráfego.

Em análise do caso, um Tribunal entendeu que a base do legítimo interesse não poderia ser devidamente aplicada pela empresa, pelos seguintes motivos:

- a) Os dados obtidos dessa maneira possibilitam a criação de um perfil abrangente e completo do uso privado do titular dos dados. Além disso, são registradas categorias especiais de dados pessoais ou - em caso de disputa - outros dados altamente sensíveis, como nomes de usuário, senhas para áreas protegidas, informações de cartão de crédito, números PIN, etc., sem que isso seja necessário para os fins de monitoramento e vigilância **(fase 2)**;
- b) Não houve implementação de salvaguardas adequadas, com destaque para a transparência, uma vez que o uso de *keyloggers* não foi informado a colaboradores, nem lhes foi concedida a possibilidade de oposição (*opt-out*) **(fase 4)**.

### C.1.1.3) CONTROLE DE TEMPERATURA EM TEMPOS DE PANDEMIA

No contexto da pandemia da COVID-19, uma empresa de tecnologia decide retomar suas atividades presenciais (*in loco*), com o estabelecimento de uma série de medidas sanitárias e de segurança: o revezamento de colaboradores, o distanciamento entre baias, o uso de máscaras, o reforço na limpeza dos espaços e a recomendação de uso constante de produtos antissépticos, como álcool em gel, por todos. Além de todas essas medidas, a empresa também estabeleceu uma rotina de checagem de temperatura corporal, por meio de um aparelho medidor específico. Todos os dias, na entrada da empresa, um profissional designado “testa” todos os colaboradores, medindo sua temperatura e comunicando o resultado a cada um. A temperatura é registrada pelo funcionário em uma planilha simples, associada ao nome do colaborador, à data e ao horário de entrada.

Eventualmente, é apontado que um colaborador apresenta uma temperatura corporal elevada e, por esse motivo, é impedido de entrar no prédio para trabalhar. Ao contestar a decisão, o colaborador aponta que nunca foi pedida sua autorização expressa para a realização da testagem, nem lhe foi dada a opção de se opor à prática. Além disso, aponta que a medição não é precisa e que seu afastamento do trabalho é injustificado. O empregador, por sua vez, alega que o tratamento dos dados pessoais em questão se dá com base nos seus interesses legítimos.

Analisando o caso, um Comitê chega às seguintes conclusões:

- a) em primeiro lugar, os dados pessoais envolvidos no caso são dados de saúde e, portanto, dados sensíveis. Nesse sentido, o legítimo interesse não é uma base legal aplicável, conforme o artigo 11 da LGPD;

- b) ainda que fosse possível a aplicação do legítimo interesse, o caso levanta questionamentos em ao menos duas frentes: primeiro, em relação à necessidade (**fase 2**) de se armazenar as temperaturas coletadas, associando-as a outros dados pessoais, uma vez que a suposta utilidade desse dado se perde rapidamente. Além disso, no aspecto das salvaguardas, verifica-se que (i) a empresa não estabeleceu medidas de transparência, a fim de demonstrar que realizaria a coleta e tratamento de dados e, principalmente, qual a finalidade e utilidade específica da coleta; (ii) não houve a possibilidade de oposição (*opt-out*), isto é, do colaborador optar por não ceder sua temperatura; (iii) não há notícia de medidas de segurança estabelecidas para proteger os dados pessoais, que foram armazenados em uma planilha simples, acessível por qualquer um na nuvem da empresa.

### C.1.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A hipótese do legítimo interesse pode ser suscitada em uma série de situações que se desenrolam no ambiente de trabalho, desde o momento de prospecção e contratação, passando pelo dia-a-dia de trabalho e chegando até um eventual desligamento de colaboradores.

#### Legitimidade:

o monitoramento de funcionários por seus empregadores faz parte da relação de subordinação que é própria do direito do trabalho, sendo “uma das formas do empregador exercer o seu poder diretivo sobre seus colaboradores”.<sup>106</sup> Dessa forma, não há que se falar em ilegitimidade do ponto de vista da legislação. O outro elemento que compõe o teste da legitimidade, a concretude da situação, depende do tipo de monitoramento que será empregado - em qualquer caso, ele deve ser especificado (em outras palavras, a finalidade não pode ser tão somente um “monitoramento” genérico). Um ponto de atenção que pode ser suscitado é o tratamento de dados pessoais sensíveis, pois ele não pode acontecer com base no legítimo interesse.

#### Necessidade:

Ao se avaliar a necessidade do monitoramento,<sup>107</sup> especialmente em termos de minimização em sentido estrito, isto é, da quantidade de dados que de fato é necessária para o atingimento da respectiva finalidade, é importante lembrar que a relação de trabalho é marcada por uma profunda assimetria,<sup>108</sup> de forma que abusos são possíveis (e recorrentes). Monitoramento do tráfego da rede corporativa (isto é, o acompanhamento de todos os websites acessados pelos colaboradores) e *keyloggers* e *screenshots* (ou seja, softwares que registram tudo que é digitado pelos colaboradores em uma máquina e tiram fotos da tela do computador com uma determinada frequência), por exemplo, são práticas possíveis e relativamente comuns. O questionamento é se medidas como essas são excessivamente intrusivas, ou, em outras palavras, se seria possível atingir a mesma finalidade - o controle de produtividade ou a segurança dos dados,<sup>109</sup> por exemplo - com menos coleta e tratamento de dados pessoais. No caso de capturas de tela, como ilustração, é possível sugerir que a coleta do dado se dê a cada 30 ou 15 minutos, e não a cada

106 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 239.

107 Segundo o Grupo de Trabalho do Artigo 29 (*Article 29 Working Party*), na época da Diretiva 95/46/EC, alguns dos Estados-Membros consideravam que a base legal mais adequada, nesse caso, era a de execução do contrato. Nesse sentido, havendo outra base legal, o legítimo interesse não poderia ser aplicado.

108 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 239.

109 Nesse caso, deve-se considerar que um monitoramento mais intrusivo pode ser necessário a depender do nível de hierarquia/acesso de determinado funcionário a bases de dados brutas/mais sensíveis em comparação a outros colaboradores que tenham acesso a diretórios mais segmentados.

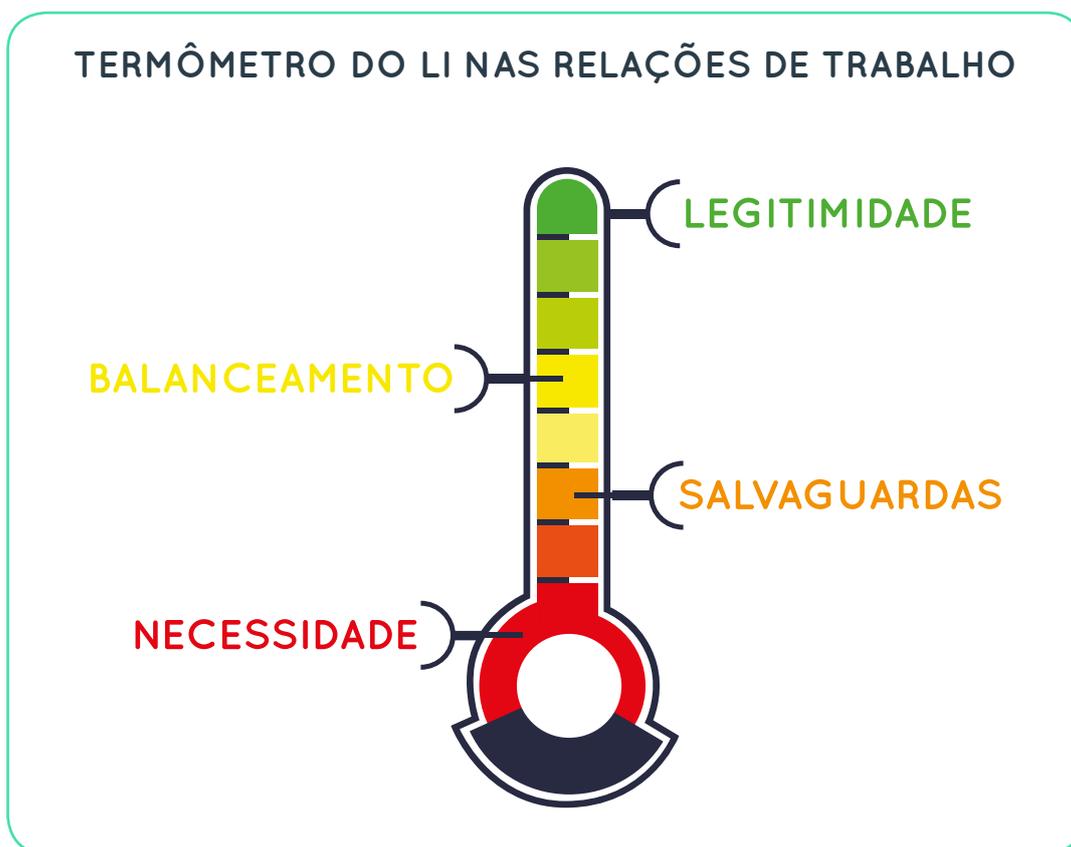
minuto.

### Balanceamento:

neste caso, deve-se observar a legítima expectativa do titular dos dados em relação ao tratamento em sua integralidade. No ambiente de trabalho formal, pode-se dizer que é esperado algum nível de monitoramento de presença e performance por parte do empregador. Isso decorre, aliás, da própria relação de subordinação que caracteriza uma relação de trabalho. Assim, caso o requisito da necessidade tenha sido transposto, é possível afirmar que o balanceamento pende em favor do controlador. Por outro lado, deve-se observar o possível *efeito inibidor* que um monitoramento contínuo por parte do empregador pode ter em outros direitos do colaborador, como sua liberdade de expressão.<sup>110</sup>

### Salvaguardas:

a principal salvaguarda, exigida pela própria LGPD, é a transparência, traduzida aqui no fornecimento de informação, aos funcionários, sobre o monitoramento a que estão sujeitos.<sup>111</sup> Outras medidas, como aplicação de *privacy by design*, realização de relatórios de impacto, além da minimização de dados já mencionada, são possíveis.<sup>112</sup>



110 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** 2014. p. 37.

111 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 241;

112 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.** 2014. p. 56.

## C.2) VERIFICAÇÃO DE ANTECEDENTES (*BACKGROUND CHECK*)

### C.2.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.2.1.1) MONITORAMENTO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E ANÁLISE DE REDES SOCIAIS<sup>113</sup>

Uma empresa da área de Tecnologia da Informação está em um processo de contratação em massa de funcionários e, para tal, terceiriza um serviço de verificação de antecedentes (*background check*) dos colaboradores em potencial. O serviço oferecido pela empresa terceirizada era um “pacote”, composto por medidas mais simples, como verificação de identidade e endereço e “checagem de caráter” por meio de contato com ex-colegas/empregadores, e medidas mais complexas, como a análise de redes sociais, a checagem de crédito e a já mencionada verificação de antecedentes criminais. Todas as medidas eram aplicadas a todos os candidatos, independentemente de suas características individuais e das funções para as quais se candidataram.

Um indivíduo, que chegou à fase final do processo seletivo, mas não foi selecionado, questionou a prática de verificação de antecedentes, com especial foco na checagem de antecedentes criminais e na análise de redes sociais. Quanto a esta última, apontou-se que alguns elementos verificados pela empresa, como as curtidas (*likes*) relacionadas a música e times de futebol, poderiam gerar discriminação abusiva.

Um Comitê, formado por funcionários de alto escalão da empresa, analisou o caso e a base legal do legítimo interesse que o justificava. O Comitê concluiu que, a princípio, a base do legítimo interesse poderia ser adequada, dado que a LGPD permite seu manejo para a “promoção das atividades do controlador”. Entretanto, os requisitos do teste do legítimo interesse não teriam sido satisfeitos no que diz respeito às **fases 2 e 3**. O Comitê entendeu que houve violação ao princípio da necessidade, porque a empresa terceirizada coletou uma quantidade e variedade muito grande de dados pessoais, muitos dos quais não se relacionariam, ao menos dentro da legalidade, com a finalidade pretendida. Além disso, não houve diferenciação dos dados coletados em relação ao cargo pretendido, o que, na visão do Comitê, seria inadequado, uma vez que alguns cargos justificariam um maior escrutínio, por lidarem com informações sensíveis, mas muitos outros, não. Por fim, para além da violação ao princípio da necessidade, também se verificou um desequilíbrio em relação aos direitos dos titulares de dados, pois a checagem de antecedentes criminais sem previsão legal expressa e a checagem de informações como time de futebol e outras foram consideradas discriminatórias.

#### C.2.1.2) PESSOAS POLITICAMENTE EXPOSTAS

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) define uma categoria particular de indivíduos como pessoas politicamente expostas. São aquelas pessoas que, por sua posição como agentes públicos que desempenhem funções relevantes ou pessoas próximas a agentes públicos, despertam um interesse especial das autoridades (que passam a monitorar suas atividades financeiras) e também de empresas que pretendam fazer negócios com elas.

<sup>113</sup> BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. “A exigência de Certidão de Antecedentes Criminais de candidato a emprego é legítima e não caracteriza lesão moral quando amparada em expressa previsão legal ou justificar-se em razão da natureza do ofício ou do grau especial de fidúcia exigido, a empregados domésticos, cuidadores de menores, idosos ou deficientes (em creches, asilos ou instituições afins), motoristas rodoviários de carga, empregados que laboram no setor da agroindústria no manejo de ferramentas de trabalho perfurocortantes, bancários e afins, trabalhadores que atuam com substâncias tóxicas, entorpecentes e armas, trabalhadores que atuam com informações sigilosas.” Acórdão em Incidente de Recursos Repetitivos: 43000-58.2013.5.13.0023, DJE 22/09/2017, Rel. Min. João Batista de Pereira.

Uma empresa recebe uma proposta financeiramente proveitosa de um indivíduo que se encaixa na definição de Pessoa Politicamente Exposta (PPE). A equipe de *compliance* da empresa é acionada para apresentar seu parecer sobre a transação e comunica que, antes de qualquer avanço nas negociações, precisa analisar as seguintes informações: histórico profissional completo, participações societárias, envolvimento em fraudes e corrupção, envolvimento com trabalho escravo e financiamento ao terrorismo.

Após a análise pormenorizada da equipe, o negócio foi aprovado. Uma outra equipe revisora analisou a fundamentação legal da autorização e concluiu que o legítimo interesse era uma base legal adequada, na medida em que a análise dos antecedentes da PPE se coaduna com o maior escrutínio a que se submete essa categoria de indivíduo (**fase 1 e fase 3**). Além disso, no caso foram coletadas categorias de dados consideradas razoáveis dada a finalidade de evitar negócios com indivíduos comprometidos legal ou eticamente (**fase 2**). A pessoa em questão, além disso, tinha ciência da sua posição e das consequências para o negócio, havendo transparência na relação com a empresa (**fase 4**).

### C.2.1.3) EMPRESA BACKGROUND SANTA EFIGÊNIA

A empresa Background Santa Efigênia, especializada em pesquisa e análise de antecedentes de diversas naturezas, inclusive criminais, está passando por um processo de reinvenção. Originalmente, a empresa vendia pacotes, do mais completo àqueles focados em um único tipo de informação, como análise de redes sociais. As empresas contratantes mandavam as informações básicas dos indivíduos e a checagem era realizada sem nenhum tipo de discriminação em relação a características do cargo postulado ou do indivíduo analisado (**fase 2**). A base legal empregada pela empresa para justificar o tratamento dos dados pessoais é a do legítimo interesse. A equipe responsável pela transição se reúne para discutir quais mudanças devem ser feitas para uma adequação às exigências dessa hipótese.

A mudança pela qual passa a empresa concentra-se justamente em criar um plano com diferentes patamares de investigação a depender (i) do nível de sensibilidade das informações às quais um eventual colaborador teria acesso; (ii) do nível de senioridade dos postulantes - se estagiários, assistentes júnior ou sênior; (iii) de se tratar de cargo de confiança ou não (**fase 2**).

A mudança é considerada positiva do ponto de vista da aplicação da base legal do legítimo interesse, uma vez que a segmentação e granularidade dos dados acessados se amolda ao princípio da necessidade/minimização.

### C.2.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE PARA VERIFICAÇÃO DE ANTECEDENTES

#### Legitimidade:

não há ilegalidade pressuposta na condução de uma investigação durante um processo seletivo para contratação de colaboradores (pode haver, caso a investigação ultrapasse certos limites, como se verá). A investigação representa, na letra da LGPD, uma “promoção das atividades do controlador”<sup>114</sup>. Além disso, trata-se de um interesse e uma finalidade concreta.

#### Necessidade:

nesse ponto reside a maior dificuldade da análise sobre verificação de antecedentes. Qual quantidade e variedade de dados pessoais é de fato *necessária*? Isso dependerá, dentre outros elementos, da finalidade específica dentro da finalidade geral de checagem de antecedentes. Por exemplo, se a finalidade é obter referências sobre o colaborador prospectivo por parte de seus empregadores/colegas anteriores, não há necessidade de se realizar buscas nas redes sociais do indivíduo.

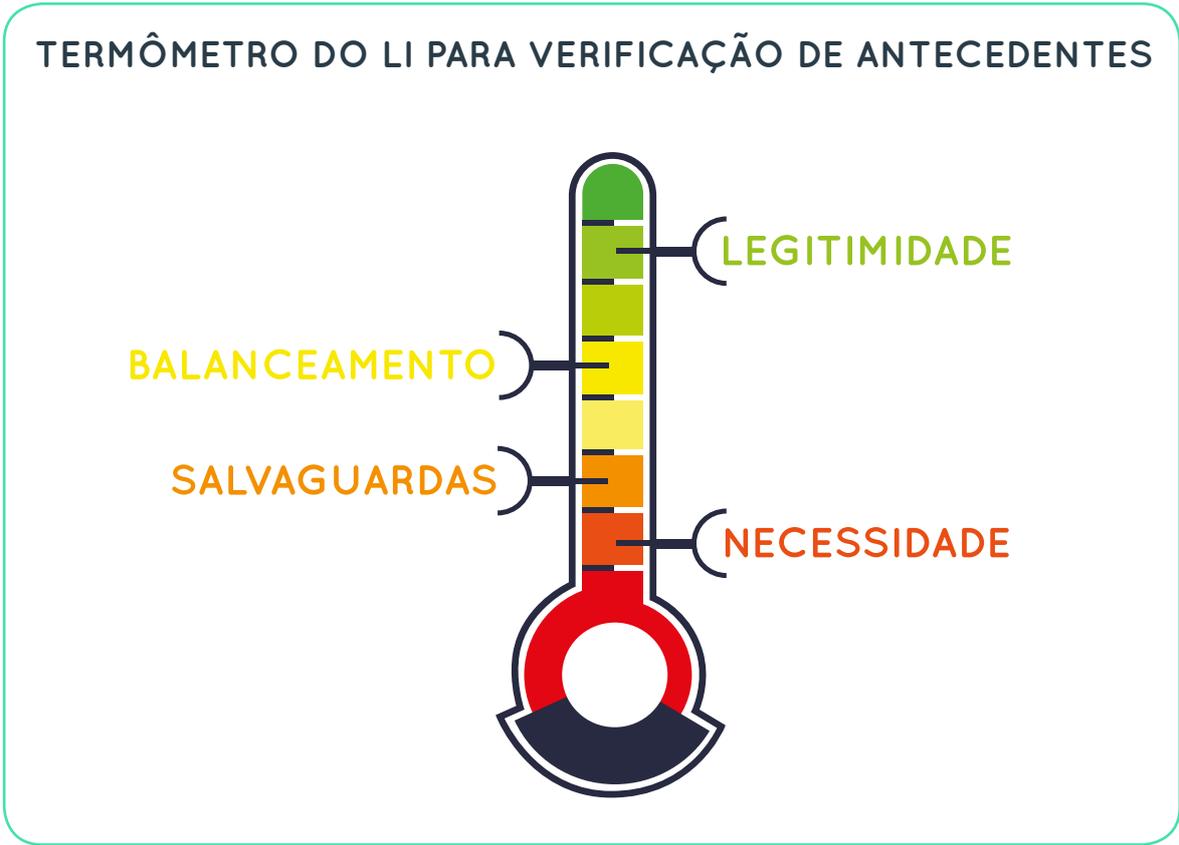
114 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 243.

**Balanceamento:**

em relação à legítima expectativa quanto ao tratamento, pode-se afirmar que ela existe, ao menos em certa medida, pois se espera que, em um processo seletivo, possíveis empregadores busquem confirmar informações ou buscar mais informações acerca dos candidatos. O mesmo pode ser dito do caso de pessoas politicamente expostas, que têm expectativa de um determinado tratamento em razão de sua posição. Já em relação aos interesses e direitos e garantias dos indivíduos, é importante observar que, no caso do ambiente de trabalho, o direito ao trabalho é um direito social e um princípio fundamental da Constituição,<sup>115</sup> de maneira que o controlador deve se atentar para não incluir na sua checagem elementos que tenham pouca relação com a qualidade da candidatura e que possam se revelar discriminatórios e limitadores do acesso a esse direito.

**Salvaguardas:**

O processo de verificação de antecedentes pode, a depender de como é realizado e dos critérios levados em consideração, revelar-se discriminatório, o que é especialmente preocupante considerando que tem efeitos práticos sobre a vida das pessoas, como uma recusa em um emprego. Assim, é importante estabelecer salvaguardas, com destaque para a transparência ao longo do processo seletivo, para que postulantes saibam (i) que estão sendo checados, (ii) que tipo de informação está sendo checada e (iii) quais as fontes verificadas.



115 Ibidem. p. 243.

## C.3) INVESTIGAÇÕES INTERNAS

### C.3.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.3.1.1) VIDEOVIGILÂNCIA

Uma rede de hotéis desenvolveu um sistema para ocasiões, que se tornaram recorrentes, em que recebe reclamações de desaparecimento de objetos dos quartos dos clientes e de áreas comuns. A empresa fornece um treinamento padronizado para todos os colaboradores, além de orientações específicas a depender do nível de confiança da posição. Além disso, todos os funcionários utilizam cartões magnéticos para acessar praticamente todos os ambientes dos hotéis. Nos corredores, há câmeras situadas em locais estratégicos, que permitem uma visão das entradas de cada quarto. A rede de hotéis armazena os dados provenientes dos cartões (que incluem os horários precisos de acesso a cada um dos espaços) por tempo indeterminado e as imagens das câmeras por um período de três meses (por questões de espaço de armazenamento) e utiliza esses dados para realizar investigações internas quando entende necessário e conveniente (**fase 2**). A empresa justifica seu tratamento de dados com base no legítimo interesse.

Uma análise, após contestação, dessa base legal, chegou a conclusões distintas para as diferentes coletas e tratamentos de dados. Entendeu-se que, a priori, não haveria ilegalidade na prática. Quanto à coleta de dados por cartão eletrônico, uma prática usual do mercado, foi considerada adequada, necessária e que não feria os direitos e interesses dos titulares de dados pessoais. Entretanto, considerou-se que a coleta de imagens, embora legal e necessária (já que uma amplitude de dados seria necessária para “captar” um eventual roubo), feria os direitos e os interesses dos titulares daqueles dados, no caso todas as pessoas capturadas pelas câmeras (**fase 03**). O tratamento revelou-se excessivamente intrusivo (**fase 2**), já que atingia até as portas dos quartos, e eventualmente, o espaço interno (quando estavam abertas). Foi recomendada a mudança das câmeras para captar apenas os corredores e elevadores (**fase 4**).

### C.3.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO INTERNA

#### Legitimidade:

além de investigações sobre o passado dos seus colaboradores (seja antes ou depois da contratação), controladores também podem promover investigações internas sobre outros aspectos da vida de uma empresa e das pessoas que nela trabalham. Não há limitação pressuposta nesse sentido, desde que se trate de uma finalidade bem recortada e especificada.

#### Necessidade:

Como nos outros casos relacionados ao ambiente de trabalho, dificilmente o consentimento seria aplicável à hipótese de investigações internas, de maneira que o legítimo interesse se apresenta como alternativa. Em relação à minimização *stricto sensu*, dependerá da investigação específica em questão. Um dos pontos críticos é calibrar a profundidade que tal investigação deve chegar.

#### Balanceamento:

pode-se considerar que colaboradores tenham uma legítima expectativa de que, dada alguma ocorrência, seu empregador proceda a uma investigação que pode envolver o tratamento dos seus dados pessoais. Tal investigação deve ser, entretanto, realizada com respeito à necessidade (item anterior) e proporcionalidade. A análise sobre os interesses e direitos e garantias dos indivíduos só pode ser realizada no caso concreto. Por exemplo, no caso de uma investigação contínua sobre alegações recorrentes de hóspedes em um hotel,<sup>116</sup> que afirmam terem sido vítimas de roubo por funcionários, o controle de acesso

116 Trata-se de exemplo sugerido em: DATA PROTECTION NETWORK. **Guidance on the use of Legitimate Interests under**

aos quartos por meio de cartões eletrônicos que revelem quem entrou (e quando) pode ser considerado um meio menos intrusivo do que o uso de câmera nas portas dos dormitórios.

**Salvaguardas:**

como nos outros casos, é essencial que haja transparência, com informações claras e de fácil compreensão, acerca dos diversos aspectos do tratamento baseado no legítimo interesse.



## C.4) RECURSOS HUMANOS

### C.4.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.4.1.1) CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS

Uma ONG especializada em direitos dos consumidores coleta dados dos seus colaboradores para diversas finalidades, especialmente cadastrais. Dentre elas, está a finalidade de concessão de benefícios, alguns previstos em lei (como vale transporte) e outros que compõem um pacote especial fornecido por iniciativa da própria associação. Sabendo que o consentimento não é a figura mais adequada para o tratamento de dados de colaboradores e que a base da obrigação legal e regulatória não cobre todos os tratamentos realizados, a ONG adota a hipótese do legítimo interesse para justificar essa prática. Ela é questionada e a organização elabora um documento explicativo em que fundamenta sua opção.

A ONG informa que, além de ter buscado outras bases legais, ela também coleta apenas as informações estritamente necessárias (**fase 2**) para a concessão de cada benefício e que informa os

---

the EU General Data Protection Regulation. Reino Unido, 2017.

colaboradores sobre a coleta e a finalidade para a qual ela é realizada (**fase 4**). Pensando no tempo de armazenamento dessas informações, a ONG estipulou que seria restrito ao prazo prescricional para processos trabalhistas, sendo este de 2 anos contados a partir do fim da relação contratual com os colaboradores. Transcorrido este período, os dados são excluídos da base da ONG. (**fase 2**)

Sobre o sistema utilizado para armazenar tais dados, o documento explica que, em razão da falta de espaço no servidor e receio de colocar os dados em nuvem, o corpo diretor decidiu que as informações de colaboradores seriam armazenadas em servidores próprios. (**fase 4**)

#### C.4.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM RECURSOS HUMANOS

##### Legitimidade:

não há restrição legal pressuposta ao tratamento de bases para fins de recursos humanos e para concessão de benefícios, sendo alguns deles, inclusive, previstos por lei.<sup>117</sup> Além disso, a finalidade de cada tratamento deve ser concreta e bem especificada.

##### Necessidade:

no exemplo mencionado acima, relativo ao benefício de transporte para empregados, verifica-se uma finalidade concreta, para a qual apenas alguns dados (endereço residencial e transporte utilizado para chegar ao local de trabalho) são estritamente necessários. Nesse sentido, quaisquer outros dados pessoais que o empregador venha a exigir seriam considerados excessivos.

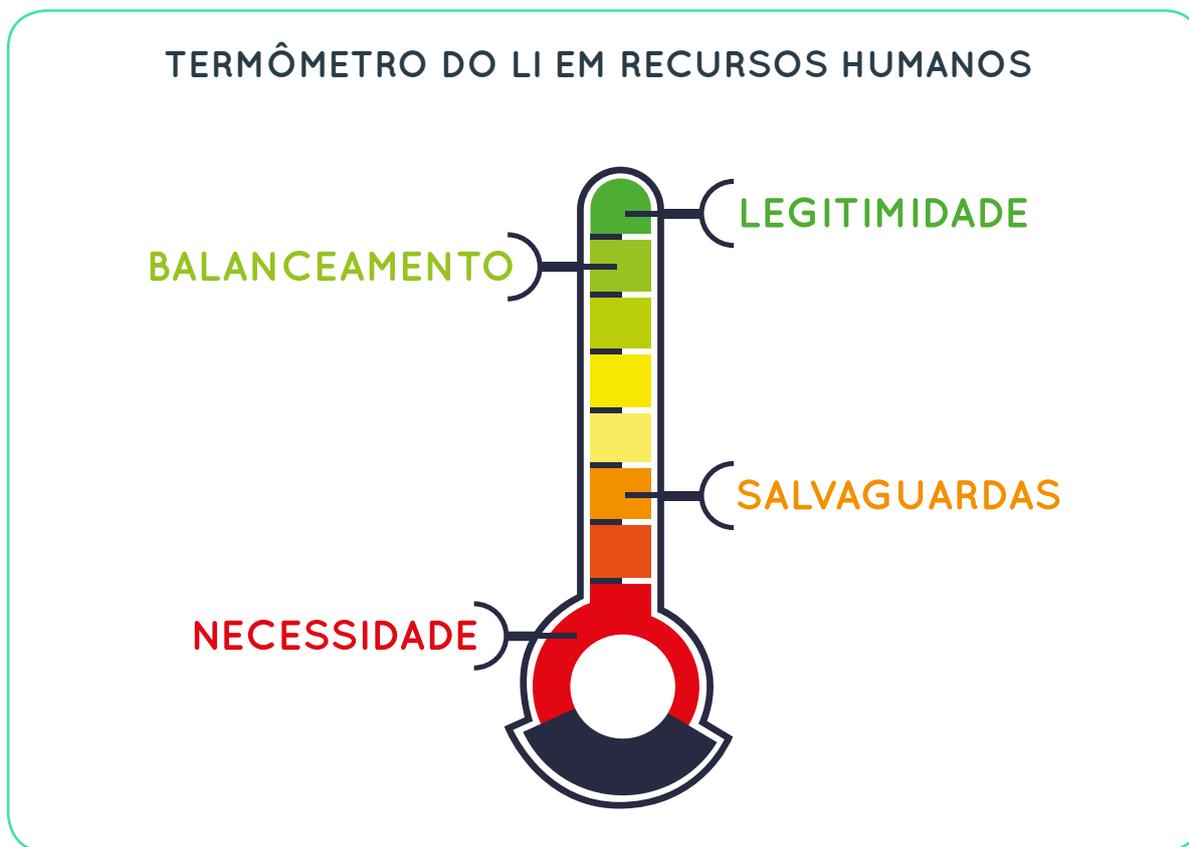
##### Balanceamento:

as práticas das equipes de Recursos Humanos, com destaque para concessão e controle de benefícios aos empregados, são comuns no dia-a-dia de empresas, de maneira que se pode afirmar que a coleta e tratamento de alguns dados pessoais para a sua efetivação estão dentro das legítimas expectativas dos empregados. Inclusive, no caso dos benefícios, trata-se de interesse, e de um direito, do empregado. Dessa forma, desde que o tratamento seja proporcional e não incorra em algum aspecto discriminatório, ele pode ser considerado justo nessa etapa.

##### Salvaguardas:

assim como nos últimos itens, a transparência acerca do tratamento é essencial para mitigar quaisquer desequilíbrios na relação entre controlador e titular dos dados. No caso, entretanto, o direito de oposição (*opt-out*) pode inviabilizar a própria concessão dos benefícios.

<sup>117</sup> Pela Lei nº 7.418/85, é dever do empregador fornecer ao empregado com carteira assinada o vale-transporte. Para isso, é comum que se exija do colaborador o fornecimento de seu endereço residencial e da relação de transportes públicos que ele utiliza para chegar ao local de trabalho.



## C.5) FUSÕES, AQUISIÇÕES E SOCIETÁRIO

### C.5.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.5.1.1) FUSÕES E AQUISIÇÕES (Mergers and Acquisitions - M&A)

Uma grande seguradora está em processo de incorporação de outra empresa do mesmo segmento. Para dar continuidade às atividades da incorporada, tanto administrativas (como o pagamento de funcionários) quanto de prestação de serviços (como assegurar seus clientes), a incorporadora necessita ter acesso ao banco de dados da incorporada. Assim, o comitê responsável pela operação societária cogitou utilizar a base legal do legítimo interesse para realizar a comunicação dos dados, sem que assim fosse necessária a obtenção do consentimento dos titulares. A análise do comitê levou em consideração todas as fases do teste do legítimo interesse, conforme a LGPD.

A priori ficou decidido que toda a base de dados seria transportada para o sistema da incorporadora, contudo, um dos membros do comitê ressaltou que, no que dizia respeito à base de clientes, havia informações que não deveriam ser transferidas. O membro lembrou que as políticas da incorporada eram distintas da incorporadora, de modo que a primeira tinha como prática requerer a coleta de dados de redes sociais dos clientes para uso publicitário mediante um desconto mensal no prêmio. O comitê concordou que esta não era uma prática condizente com a política da incorporadora e decidiu que seriam transferidos apenas os dados necessários para a continuidade da prestação dos serviços. **(fase 2 e 3)**

Na prática, o plano é que, a partir de um sistema bastante robusto de segurança da informação, os dados sejam transferidos por uma VPN diretamente para os servidores próprios da incorporadora. Ao fim das discussões, o comitê resolve que o informe aos titulares será realizado através de um comunicado à

imprensa em 2 jornais nacionais e publicações nos sites oficiais das empresas. **(fase 4)**

### C.5.1.2) AUDITORIA (DUE DILIGENCE) E CONTROLE SOCIAL

Uma rede de livrarias percebe que mais de 80% da saída de seus livros vem de uma mesma editora. Assim, interessada em reduzir seus custos de transação, a rede de livrarias começa a negociar com a editora um processo de fusão das empresas e contrata um escritório de advocacia para dar prosseguimento ao trâmite. Em reunião com o escritório, os advogados ressaltam a importância da instauração de um processo de due diligence da editora. O cliente então questiona “o que é due diligence?”. Seus advogados informam que se trata do estudo, auditoria, investigação e avaliação de riscos e oportunidades sobre a empresa com a qual se deseja realizar uma operação societária **(fase 1)**. A livraria percebe que este, de fato, parece um procedimento necessário à realização do negócio com a editora. Contudo, um de seus diretores, preocupado com que há pouco ouvira falar sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, pergunta se seria necessário pedir o consentimento de todos os titulares de dados envolvidos nesse procedimento.

Os advogados asseguraram que não seria necessário requerer o consentimento dos titulares que farão parte do due diligence, pois, neste caso, o tratamento dos dados é de interesse legítimo da empresa. O escritório ainda resalta que sua diligência é realizada a partir de critérios bem definidos e requer apenas amostras de informações pessoais (a não ser que haja algum ponto específico mais crítico que requeira um aprofundamento). Além disso, desde que não interfira na avaliação da empresa, o escritório sempre requer que as informações sejam agregadas e anonimizadas **(fase 2 e 4)**.

Por fim, reforçaram que tudo será compartilhado por VPN e ficará armazenado em seu servidor próprio e apenas pelo período referente aos prazos prescricionais civis, de modo que, transcorrido o período, todas as informações serão excluídas da base do escritório **(fase 4)**.

### C.5.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM FUSÕES E AQUISIÇÕES

#### Legitimidade:

o processo de auditoria é indispensável para a concretização de determinadas operações societárias, e é uma forma de prevenção a situações de risco para uma empresa, inclusive aqueles previstos em leis como a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). Trata-se também de uma situação concreta em que determinados dados pontuais são utilizados para o apoio às atividades do controlador ou terceiros.<sup>118</sup> Do mesmo modo, o tratamento de dados é, por si, essencial para qualquer operação de fusão ou incorporação de empresas, envolvendo, por exemplo, dados de clientes e colaboradores, sendo legítimo, a priori, o tratamento para este fim.

#### Necessidade:

não é possível distinguir, de antemão, quais são os dados, inclusive os pessoais, estritamente necessários em um processo de auditoria ou para a concretização de da operação societária, que podem variar de caso a caso, com tamanhos e profundidades distintas. Assim, cabe aos profissionais da área societária encontrarem um ponto ótimo<sup>119</sup> entre a efetividade do processo e a minimização da coleta e tratamento de dados pessoais, sempre aplicando as salvaguardas cabíveis. Esse equilíbrio pode se dar por meio da coleta de amostras de dados, ao invés da sua totalidade.

#### Balanceamento:

em princípio, os dados pessoais utilizados em um processo de *due diligence* são meramente analisados,

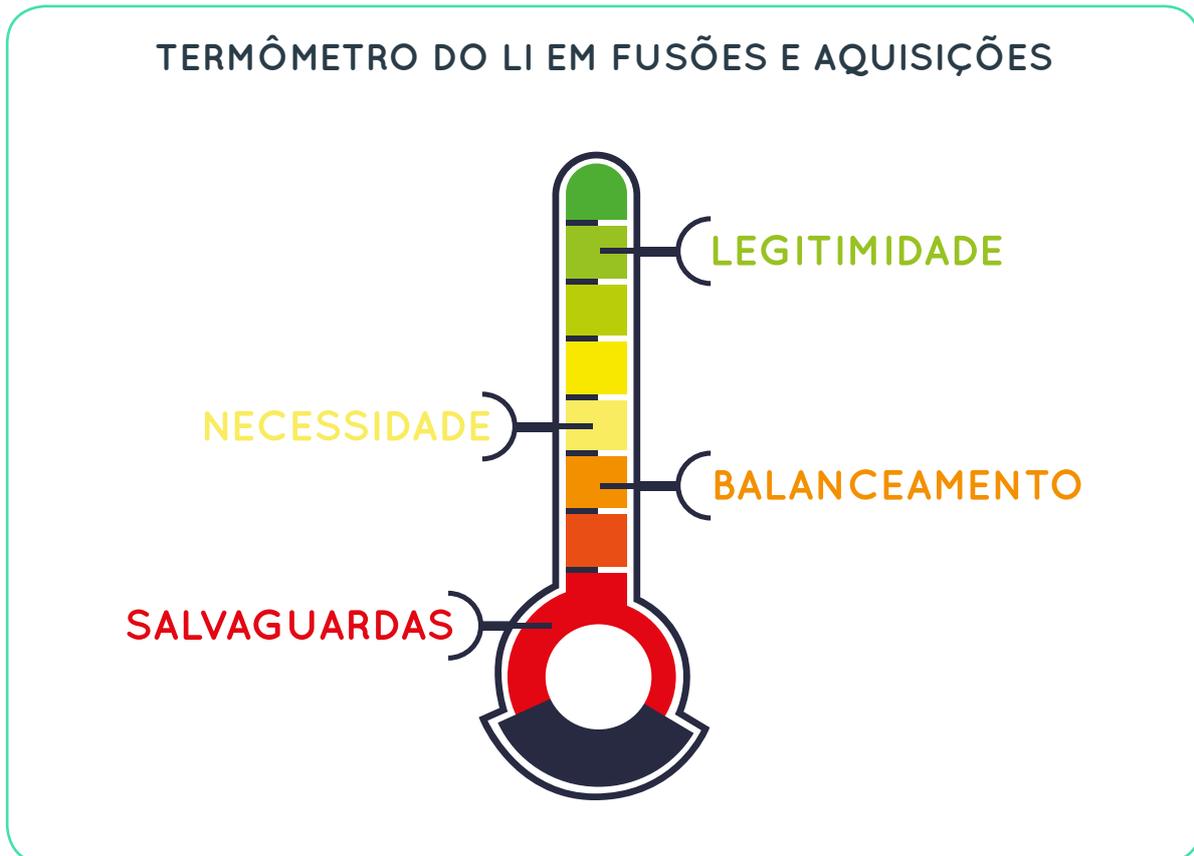
118 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 240.

119 Ibidem.

sem grandes repercussões para o seu titular. Pode surgir uma diferença, para ele, após a finalização da operação em questão, na medida em que ela pode implicar agregação de informações e mudanças nas finalidades do tratamento de dados pessoais, mas não se trata de uma questão da *due diligence* em si.

**Salvaguardas:**

medidas de segurança como a realização da integralidade da operação e de eventual processo de auditoria em ambientes controlados (justamente para evitar o vazamento de informações estratégicas para outras empresas) são salvaguardas corriqueiras, atreladas ainda à utilização de dados agregados nos relatórios, uma vez que não há necessidade, na maior parte das vezes, de abertura de dados individualizados para os fins da auditoria.<sup>120</sup>



## C.6) TRANSPARÊNCIA

### C.6.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.6.1.1) SERENATA DE AMOR

Um grupo de ativistas desenvolveu um robô projetado para monitorar os reembolsos de gastos de parlamentares brasileiros. O objetivo da ferramenta era investigar suspeitas de que alguns parlamentares se utilizavam da prerrogativa para despesas privadas.

Um dos gastos identificados como suspeito pelo robô foi uma despesa de mais dez mil reais em bebidas alcoólicas por um parlamentar durante passagem pela cidade de Las Vegas. Assim que essa

120 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 241.

informação foi publicizada, o parlamentar invocou a violação de sua privacidade e também da proteção de dados pessoais referentes à sua movimentação financeira e gastos privativos. O grupo de ativistas baseou-se no legítimo interesse.

A resposta ao questionamento foi a seguinte:

- A finalidade do monitoramento e exposição de reembolsos suspeitos de parlamentares é uma prática que interessa à sociedade de forma geral, permite o escrutínio público e promove transparência das despesas estatais. **(fase 1)**
- Além disso, as informações monitoradas e coletadas restringiam-se ao que era estritamente necessário, ou seja, apenas gastos em que houve o despendimento de recursos públicos, e não particulares do titular dos dados. A coleta do nome do parlamentar e a qualificação do objeto dos gastos são essenciais para que se atinja a finalidade de transparência e sujeição dos gastos à opinião da sociedade. **(fase 2)**
- No caso concreto, o direito à transparência e prestação de contas de gastos públicos supera o que o parlamentar alega ser seu direito à privacidade e proteção de dados. Isso, principalmente, se considerarmos que ele é figura pública que está fazendo uso de recursos públicos, circunstância diferente dos gastos de figuras não públicas despendendo recursos privados. **(fase 3)**

## C.6.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE PARA FINS DE TRANSPARÊNCIA

### Legitimidade:

o tratamento/divulgação de dados pessoais para fins de transparência é um dos usos reconhecidos do legítimo interesse, que pode ter lastro inclusive em legislações de transparência, como a Lei de Acesso à Informação, ou em decisões judiciais.

### Necessidade:

quando se fala em transparência, especialmente relativa a agentes públicos, os dados pessoais tratados devem se restringir àqueles que, de fato, deflagrem um interesse público, como dados relativos ao exercício da função, e não dados pessoais referentes à vida privada de agentes, pois eles seriam considerados excessivos.

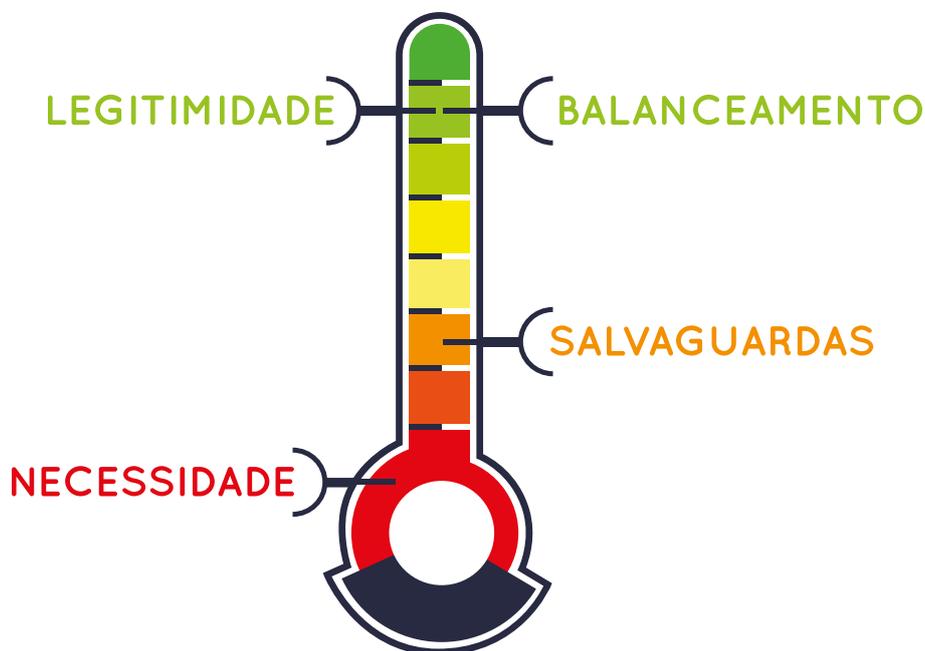
### Balanceamento:

na mesma linha da necessidade, uma vez garantido que os dados pessoais coletados e divulgados sejam revestidos de interesse público, verifica-se uma prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse individual, desde que, é claro, não seja observada excessividade ou tratamento de dados desnecessários, o que deslocaria a balança em favor do titular. Além disso, deve-se considerar que, em casos de interesse público, o próprio titular dos dados possui uma expectativa de que terá sua privacidade relativizada.

### Salvaguardas:

salvaguardas cabíveis, nesse caso, são a transparência sobre formas de tratamento, finalidade e outros aspectos do tratamento de dados para fins de publicização, além da segurança da informação.

## TERMÔMETRO DO LI PARA FINS DE TRANSPARÊNCIA



## C.7.) PUBLICIDADE, MARKETING E PERSONALIZAÇÃO

### C.7.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.7.1.1) E-MAIL MARKETING DIRETO

Uma empresa está digitalizando toda a sua base de dados, que foi originalmente construída para fins de cadastro de compras nas suas lojas físicas, com as seguintes informações: nome, telefone celular e e-mail, além dos produtos que o cliente adquiriu na loja. As informações coletadas não permitem à empresa realizar uma segmentação sofisticada dos clientes, mas a associação dos dados aos produtos comprados possibilita o direcionamento de e-mail marketing personalizado baseado nas compras passadas. Assim, a empresa contrata uma pequena equipe de marketing digital e sua primeira ação é criar algumas categorias de e-mail e direcioná-las aos clientes cadastrados na base de dados, de acordo com suas preferências, reveladas pelas compras que fizeram no último ano. Na própria mensagem, há um banner com um botão que permite ao cliente se descadastrar do mailing. A empresa justifica esse uso secundário dos dados pessoais com a base legal do legítimo interesse.

A análise do emprego da base legal resultou positiva para a empresa, uma vez que se considerou que houve esforços significativos da sua parte para respeitar as etapas do teste e documentá-las. Também se considerou que os titulares de dados já tinham uma relação pré-estabelecida com a empresa, de modo que não se surpreenderiam com tal abordagem publicitária (**fase 03**). Por outro lado, foram recomendadas as seguintes medidas para robustecer o tratamento: questionar se é necessário manter o nome completo dos indivíduos para efetivar as campanhas de marketing (**fase 2**); incluir uma medida de transparência, correspondente à abertura sobre quais dados exatamente a empresa detém, qual a sua fonte, e a finalidade do tratamento (**fase 4**).

### C.7.1.2) PERFIS DE REDE

Interessado em expandir sua rede de clientes e conhecer melhor seu público, um bar resolveu criar uma página de Facebook e um perfil de Instagram. Além de usar as mídias para divulgar seus eventos, cardápios e promoções, a proprietária do bar também desenvolveu um programa que automaticamente pega informações de contato dos perfis que interagem positivamente com os posts das mídias e lança tudo em uma planilha. O intuito da coleta é o de enviar mensagens com promoções para os potenciais clientes **(fase 1)**. A proprietária começou a pensar em como iria instituir a prática e desenvolver esse programa.

A primeira questão que levou em conta foi a de quais dados seriam transferidos para a planilha. Concluiu que, em razão dos fins que pretendia atingir, seriam coletados apenas o primeiro nome (para direcionar mensagens com um tom personalizado), os dados de contato (e-mail, telefone ou link do próprio chat da plataforma) e a idade do usuário (para entender melhor qual a faixa etária de seu público) **(fase 2)**. Pensando em quais perfis teriam as informações coletadas, a proprietária resolveu que desenvolveria o programa de modo que apenas os dados de perfis que interagiram positivamente pelo menos duas vezes em suas redes seriam inseridos em sua planilha **(fase 3)**.

Por fim, sua maior preocupação foi a de garantir que o programa fosse capaz de identificar quando um usuário pedisse que não lhe fosse mais encaminhada nenhuma publicidade do bar. A proprietária tinha em mente que isso poderia afastar seu público e manchar a reputação de seu estabelecimento. Assim, em todo o envio de mensagens promocionais, havia a opção de não mais receber o anúncio, casos em que os dados do usuário eram automaticamente excluídos da planilha **(fase 4)**.

### C.7.1.3) CADASTRAMENTO PARA ACESSO A CONTEÚDOS

Uma fintech, que oferta ativos do mercado financeiro, gostaria de expandir sua clientela e, para isso, contrata uma consultoria de marketing, que sugere que uma boa forma de atingir seu público alvo é produzindo conteúdos relacionados ao serviço por ela prestado. A consultora reforça como a prática, além de dar credibilidade à fintech, ainda tem a vantagem de, a partir de um cadastro simples para o acesso ao conteúdo, formar um banco de dados para o direcionamento de propagandas **(fase 1)**.

A empresa questiona então se, neste caso, não seria necessário requerer o consentimento dos usuários no momento do cadastro e, assim, vincular o acesso aos conteúdos ao aceite de compartilhamento das informações.

A consultora informa que esta não é a abordagem mais apropriada, pois o mero fato de condicionar o acesso ao conteúdo à concessão dos dados já descaracterizaria um consentimento livre, de modo que o mais adequado seria fazer a coleta com base no legítimo interesse da empresa. A fintech então questiona em que medida o acesso a seus conteúdos indicaria que ali há um potencial cliente e que não haveria problemas em coletar e utilizar seus dados.

A resposta da consultora foi de que o mais importante é medir as legítimas expectativas daqueles que realizam o cadastro. Ela explica que, em se tratando de papers, informativos, dicas de mercado e outros conteúdos relacionados à atividade da startup, há um duplo ganho, pois, além de possibilitarem o reconhecimento de uma clientela potencial, permitem identificar quem teria legítimas expectativas de receber um anúncio da empresa **(fase 3)**.

Porém, a consultora aponta que, independente de entender que há legítima expectativa no caso, a fintech deve se atentar às salvaguardas, o que implica que, além de ter uma política de segurança robusta, ela informe aos titulares que os dados estão sendo coletados para direcionamento de publicidade e que aplique algum mecanismo de opt-out para que o titular, caso deseje, não receba mais publicidade do

anunciante (**fase 4**).

#### **C.7.1.4) PÚBLICOS SEMELHANTES**

Um jovem aficionado por plantas possui um site de divulgação de conteúdos sobre ecologia e plantio de espécies nativas. Uma das funcionalidades da plataforma é a possibilidade de que o usuário, ao inserir sua geolocalização, possa gerar um relatório em que lhe são indicadas as espécies mais adequadas para o plantio em sua região. O jovem logo percebeu que a manutenção do site era custosa e, precisando de financiamento, decidiu que passaria a vender para anunciantes os dados gerados pela plataforma.

Uma amiga, dona de uma pequena rede de venda de plantas, fez uma oferta de financiamento. Ela instalaria um programa para identificar os usuários cuja localização fosse compatível com seu sistema de entregas e, com base em dados de contato, direcionaria propagandas para estes potenciais clientes.

Mais ativo do que nunca, o site chamou a atenção de uma agência de publicidade, que propôs financiá-lo em troca do compartilhamento do seu banco de dados. A agência informou que os dados seriam utilizados para fins publicitários, explicando que cruzaria a identificação de perfis de usuários interessados por plantas com a base de dados prévia da empresa, a fim de formular perfis comportamentais. Buscando respaldo jurídico, o jovem justificou tais operações com base no legítimo interesse.

O jovem entendia que o uso dos dados não traria nenhum dano aos titulares e era importante para a manutenção das atividades do site (**fase 1**). Por outro lado, percebia a relevância de não ser excessiva a quantidade de informações coletadas, de modo que o programa instalado por sua amiga não extraia todos os dados de navegação, restringindo-se a relacionar a localização do usuário com seus pontos de venda (**fase 2**). Para o pequeno empreendedor, era evidente que aqueles interessados em seu site teriam grandes chances de se interessar pelos anúncios do negócio de sua amiga (**fase 3**).

Quanto à empresa de publicidade, o jovem expôs seu receio sobre a falta de clareza da relação entre o tipo de marketing realizado e o foco de seu site (**fase 3**) e fez questão de disponibilizar um espaço no site para que os usuários pudessem manifestar sua oposição ao tratamento para fins de publicidade, em geral (**fase 4**).

#### **C.7.1.5) MARKETING ELEITORAL**

Um candidato a governador decide investir em tecnologias digitais na sua próxima campanha e, para conhecer as possibilidades do mercado, consulta as abordagens de três diferentes agências especializadas em marketing eleitoral.

A primeira agência propõe que no site do candidato seja realizada uma mensuração do número de acessos e conteúdos de maior sucesso. Além disso, sugere utilizar o site para coletar dados de contato dos usuários e enviar-lhes propagandas e convites para colaboração com a campanha.

A segunda agência propõe o monitoramento das interações nas páginas do candidato nas redes sociais para traçar estratégias de atuação mais eficientes, além de utilizar ferramentas de impulsionamento de conteúdos para impactar públicos semelhantes àqueles que interagem positivamente nas mídias do candidato.

A terceira agência informa que o seu conhecimento do perfil do eleitorado é o mais avançado do mercado, e se baseia em um aplicativo de avaliação, nos quais os usuários recebem alguns centavos sempre que avaliam os serviços de uma empresa, restaurante, loja, etc, o que revela seus interesses. Tudo isso gera um banco de dados robusto e que é posteriormente submetido a um sistema de análise e geração de perfis comportamentais, de modo a ampliar e tornar mais preciso o espaço amostral da campanha.

Temendo possíveis implicações das abordagens em relação à LGPD, o candidato decidiu consultar sua advogada. A especialista explicou que, em todos os modelos apresentados, o tratamento de dados se daria com base no legítimo interesse, tanto do candidato em promover sua campanha, como das agências em promover seus negócios (**fase 1**). Contudo, para basear um tratamento nessa hipótese legal seria necessário observar alguns pontos.

Primeiramente, alertou sobre os possíveis problemas relativos ao uso excessivo de dados pela agência “3”. Tendo em vista que a finalidade do tratamento é a divulgação de um programa eleitoral, pode-se entender que ela não atende ao princípio da minimização e da necessidade (**fase 2**).

Outro ponto a se observar são os cuidados em relação às legítimas expectativas dos titulares. No caso, o tratamento de informações dos titulares que se mostraram de fato interessados nos conteúdos das campanhas representa um risco menor quanto ao possível uso abusivo de dados em comparação com aqueles obtidos por plataformas com finalidades diversas, como por meio de aplicativos (**fase 3**).

Por fim, a advogada ressalta que, independente da abordagem escolhida, é importante que seja oferecido aos titulares um meio para que estes possam se opor ao tratamento, se desejarem, além de atenção com mecanismos de transparência a todo momento (**fase 4**).

#### **C.7.1.6) CRUZAMENTO DE DADOS PESSOAIS**

Uma grande empresa de tecnologia resolve “otimizar” suas operações de tratamento de dados pessoais por meio da combinação de todas as suas bases de dados - mais especificamente, aqueles provenientes de (i) mecanismo de busca; (ii) e-mail; (iii) navegador da web; e (iv) mapas. Trata-se de dados coletados quando os indivíduos utilizam os serviços da empresa, e que geram inteligência de mercado em retorno. As finalidades de cada coleta, entretanto, são distintas. São elas, respectivamente: (i) personalização dos serviços solicitados; (ii) desenvolvimento de novos produtos; (iii) exibição de anúncios personalizados; e (iv) *analytics*.

A combinação foi questionada e uma análise do tratamento de dados e da aplicação da base legal do legítimo interesse resultou negativa para a empresa. Isso ocorreu por dois motivos preponderantes: em primeiro lugar, a combinação de uma série de dados distintos, que originalmente eram segmentados de acordo com a finalidade, para servir a todas as finalidades simultaneamente, tornou difícil justificar a *necessidade* dos dados (**fase 2**). Além disso, verificou-se que em nenhum dos serviços havia possibilidade efetiva de oposição (**fase 4**). A natureza dos dados, a diversidade dos serviços, a falta de informações específicas e de oposição deslocou a balança do legítimo interesse em favor do titular de dados e a operação foi considerada ilegal (**fase 3**).

#### **C.7.1.7) TECNOLOGIAS DE ANÚNCIO (AD TECHS)**

Dois irmãos, um programador e uma advogada, assumiram o controle da agência de publicidade da família. A empresa sempre teve uma atuação voltada a comerciais televisivos, mas os irmãos gostariam de ampliar seu escopo e trabalhar também com canais de mídia online. Para efetivar essa mudança, o irmão coordenaria uma equipe desenvolvedora de um programa de marketing online e a irmã ficaria responsável por fazer uma análise jurídica sobre o projeto apresentado pelo grupo.

Os desenvolvedores criaram um sistema em que, a partir da implementação de cookies em websites, seriam coletadas diversas informações de navegação de usuários com o fim de traçar perfis comportamentais e, a partir disso, direcionar anúncios em páginas na rede.

O setor jurídico alertou que o tratamento de dados, embora possível, requer uma base legal (além

dos outros requisitos da lei). Explicou que a maioria das empresas utiliza equivocadamente o consentimento nestes casos, inserindo abas em que o usuário é induzido a “aceitar” o tratamento. O jurídico indica que o mais adequado seria utilizar os dados com base no legítimo interesse da empresa, que precisa fazê-lo a fim de promover seu negócio de direcionamento de anúncios (**fase 1**).

A irmã ressalta que uma das questões a ser observada na aplicação do legítimo interesse é a relação entre a finalidade da atividade e o tratamento das informações, sendo importante que a quantidade de dados coletados fosse a mínima necessária (**fase 2**). Entretanto, tratando-se de uma atividade cujo fim é o direcionamento de conteúdos, não há limites claros sobre qual seria esse mínimo, já que, quanto maior a quantidade de dados, mais preciso tende a ser o direcionamento.

Retomando a ideia de levar em conta as legítimas expectativas dos titulares, o grupo decidiu que buscaria mitigar a falta de uma relação pré estabelecida por meio de uma notificação, a qual indicaria que os dados de navegação estavam sendo coletados. (**fase 3**) Empenhados na estratégia de atenuar os riscos de sua atividade ser considerada desprovida de uma base legal de tratamento, a agência decidiu que a aba de notificação também contaria com a opção de não rastreamento de cookies e que, além disso, a empresa fortaleceria seu sistema de transparência. Assim, todos os seus anúncios contariam com o acesso a um portal para que o usuário possa entender “por que” aquela mensagem lhe foi direcionada. (**fase 4**)

## C.7.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM PUBLICIDADE, MARKETING E PERSONALIZAÇÃO

### Legitimidade:

o marketing é uma finalidade, a princípio, legítima,<sup>121</sup> e também concreta.

### Necessidade:

é difícil falar em minimização no contexto do e-mail marketing, pois na maior parte das vezes ele depende da coleta de uma série de informações para a formação de um perfil do recipiente, a fim de se enviar uma mensagem personalizada. Mesmo assim, é possível restringir a quantidade de dados tratados - não há necessidade de se saber a identidade de uma pessoa específica, mas apenas um determinado grupo a que ela pertence, para formar um perfil e uma mensagem personalizada. Nesse sentido, é possível falar inclusive em pseudonimização.

### Balanceamento:

deve-se observar se há legítima expectativa por parte do titular dos dados de receber o e-mail marketing em questão, o que pode ser mensurado, por exemplo, pela existência, ou não, de uma relação comercial prévia entre as partes. Caso não haja uma relação propriamente dita, ainda existem outras formas de mensurar legítima expectativa, como interações nas redes sociais. Deve-se observar o caso concreto, a fim de se aferir o nível de proximidade do potencial cliente/colaborador/eleitor com a empresa e verificar se há uma legítima expectativa que se sustenta na prática.

### Salvaguardas:

a principal salvaguarda nesse caso deve ser a transparência que permita ao titular ter ciência do seu direito de se opor ao tratamento (“opt-out”). Junto ao próprio e-mail marketing deve haver a possibilidade

121 Há casos, como no RGPD, em que existe menção expressa ao marketing direto como hipótese de aplicação do legítimo interesse. Em suma, existem regulações à prática, mas não proibições. No caso brasileiro, destaca-se que o e-mail marketing para fins político eleitorais deve respeitar o consentimento, conforme artigo 28, III, da Resolução nº 23.610/2019. Nesse caso, o uso da base legal para esse fim específico não seria legítimo.

de o indivíduo selecionar a opção de não mais receber conteúdo daquele remetente, ou daquela natureza.<sup>122</sup>



## C.8) ANALYTICS

### C.8.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.8.1.1) AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DE PRODUTO

Percebendo queda no número de assinaturas de sua revista digital, os administradores de um periódico resolvem contratar uma startup especializada na mensuração de desempenho de conteúdos. O intuito da revista é verificar como o público em geral tem avaliado seu trabalho, quais matérias têm obtido melhor aceitação dos clientes, para que, assim, a possa desenhar conteúdos mais compatíveis com seu público e que interajam de forma mais satisfatória com os assinantes. **(fase 1)**

A empresa de tecnologia explicou que desenvolveu um programa capaz de captar métricas de acesso de páginas, tempo de leitura dos conteúdos, até que ponto as matérias foram lidas e em quais partes dos textos o usuário prestou mais atenção, tudo através da captura de dados do cursor. Os administradores da revista ficaram impressionados com o potencial do programa, mas também preocupados com o destino dos dados de seus clientes, tratados com base no legítimo interesse.

A startup então esclareceu que, como a finalidade da coleta é exclusivamente a mensuração de desempenho, não há necessidade de identificação dos usuários, razão pela qual seus endereços de IP são automaticamente excluídos antes dos dados serem compartilhados com a empresa **(fase 2)**. Ainda, acrescentou que, como seu objetivo é produzir indicadores estatísticos, todas as informações passam

122 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Grupo Editorial Nacional: Rio de Janeiro, 2020 (2ª edição): capítulo 5, p. 253.

por um processo de anonimização e agregação. **(fase 4)** Tudo o que será coletado do site da revista será compartilhado por VPNs e armazenado nos servidores da startup, a qual possui uma rigorosa política de segurança de dados e garante o descarte de todas as informações transferidas assim que finalizado o contrato com a revista. **(fase 4)**

### **C.8.1.2) ESTRATÉGIA DE ATUAÇÃO**

Uma rede de cursinhos com unidades espalhadas por todo o país percebeu que o desempenho de algumas unidades era muito mais proeminente que o de outras, sem que houvesse grandes distinções entre o nível de capacitação dos professores ou dos materiais utilizados. A rede resolveu, então, agir de forma estratégica sobre os métodos de ensino empregados em suas turmas.

A ideia do projeto seria analisar estatisticamente a correlação entre (i) metodologias de ensino adotadas pelos professores, (ii) características das turmas, como faixa etária, horário das aulas e região das unidades e (iii) aprovações de alunos em exames e notas obtidas a partir de atividades simuladas. Com isso, o cursinho pretendia compreender melhor quais os métodos de ensino geravam os melhores resultados para determinados perfis de turmas **(fase 1)**. A base legal empregada para o tratamento dos dados pessoais envolvidos nessa análise foi a do legítimo interesse.

Os administradores preocupavam-se em garantir que essas análises não fossem intrusivas e não abalasses sua relação de confiança com a rede. Por tal razão, ficou decidido que seriam utilizadas apenas as informações estritamente necessárias para a análise e não a totalidade de informações do banco de dados da instituição, que inclui uma gama muito mais ampla de dados pessoais sobre os estudantes **(fase 2)**.

Um dos pontos levantados pelos idealizadores do projeto foi que é esperado que os cursinhos acompanhem o desempenho dos alunos, de forma que buscar extrair estratégias para melhorar as metodologias de ensino seria compatível com a relação pré-estabelecida entre as partes **(fase 3)**. Sem dúvidas, independente de tais expectativas, o cursinho decidiu que seria transparente com os alunos acerca das análises realizadas, de modo a garantir que todos aqueles que desejassem pudessem se opor ao tratamento **(fase 4)**.

### **C.8.1.3) GERAÇÃO DE INTELIGÊNCIA**

A Defensoria Pública Estadual está empenhada em um projeto de sistematização e geração de inteligência sobre os processos de todos os seus órgãos distribuídos pelo estado. O objetivo é criar uma base informacional de seus litígios individuais que servirá como insumo para gerar inteligência para a propositura de ações civis públicas. A ideia é que a Defensoria possa medir demandas constantes, identificar os maiores problemas por região e, assim, dar entrada em ações civis públicas **(fase 1)**.

O programa de inteligência tem papel duplo, o de servir como indicador dos problemas e o de ser um forte argumento de convencimento, tanto para que sejam firmados acordos, quanto para aumentar as chances de sucesso da Defensoria no Judiciário.

Como os dados foram confiados por razão distinta do uso para análise estatística - mesmo considerando que o objetivo desta é um aprimoramento do trabalho da defensoria **(fase 3)** - os servidores logo questionaram em que medida os dados seriam compartilhados com a base do programa de inteligência. Após uma série de discussões, concluíram que, dados referentes ao momento da triagem do atendimento individual de seus assistidos não precisavam ser compartilhados com o programa **(fase 2)**. Entretanto, não

seria ideal agregar e anonimizar as informações constantes nos processos, uma vez que seria importante localizar as partes e o número dos autos no caso de procedência ou acordo de uma ação, pois estas seriam informações essenciais à eventual fase de execução.

## C.8.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM ANALYTICS

### Legitimidade:

o uso de *analytics* por empresas, ou mesmo associações, de diferentes naturezas, representa um legítimo interesse desses entes, e não há vedação legal para tal prática. Deve ser uma finalidade concreta.

### Necessidade:

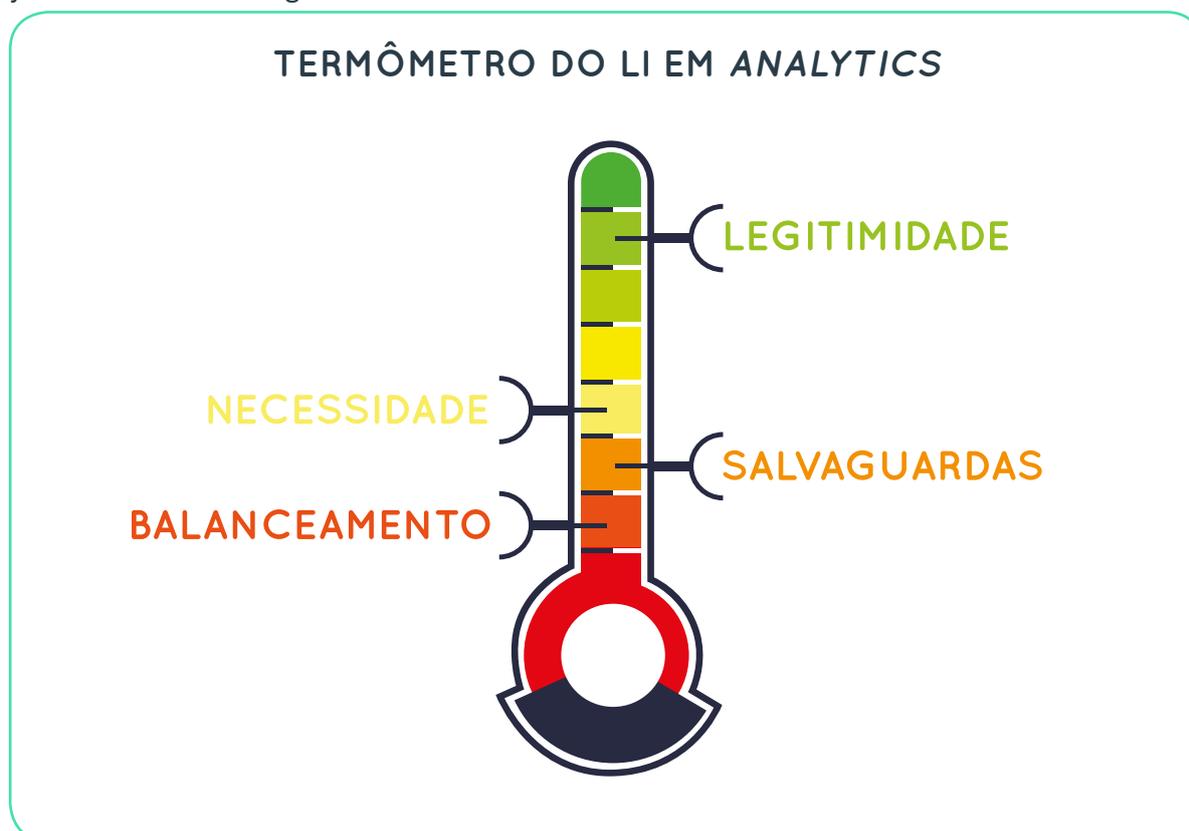
a própria natureza do *analytics*, um uso aplicado de dados para fins estratégicos, muitas vezes não exige a identificação do usuário, de maneira que os controladores devem se atentar, em cada caso, para a quantidade real de dados que será estritamente necessária para a obtenção dos resultados pretendidos.

### Balanceamento:

o aspecto da legítima expectativa pode ser delicado no caso de *analytics*, uma vez que a maioria das pessoas não têm noção dos mecanismos que são utilizados para coletar dados e tratá-los com finalidade de extrair inteligência. Além disso, muitas vezes os dados utilizados foram coletados para uma outra finalidade, o que mitiga a possibilidade de haver uma legítima expectativa. É importante, portanto, que as finalidades sejam ao menos próximas e que haja as salvaguardas adequadas.

### Salvaguardas:

quando possível, medidas como anonimização e agregação de dados devem ser aplicadas, mas em alguns casos a manutenção dos dados de forma identificável pode ser essencial para a delineação de uma estratégia. De qualquer forma, a transparência frente ao titular de dados é uma medida importante que pode ajudar a sustentar o legítimo interesse.



## C.9) INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

### C.9.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.9.1.1) AVALIAÇÃO DE ALUNOS

Em virtude de uma pandemia global, todas as escolas foram fechadas durante um ano letivo inteiro. Nesse contexto, países do mundo todo tiveram que repensar, dentre muitas outras coisas, como funcionaria a entrada de estudantes nas universidades.

No Brasil, a solução encontrada foi a de substituir as notas do ENEM, maior porta de entrada de alunos ao ensino superior, por uma nota atribuída por sistema de inteligência artificial, baseada no desempenho escolar dos estudantes durante o colégio. O objetivo do uso da ferramenta era, portanto, o de garantir o isolamento social e a saúde pública dos cidadãos e, ao mesmo tempo, operacionalizar um critério de ingresso ao ensino superior. **(fase 1)** A base legal utilizada para justificar o tratamento dos dados foi o legítimo interesse.

Sabendo que a solução provavelmente levantaria uma série de polêmicas, o governo resolveu ser o mais transparente possível a respeito do uso do sistema de IA **(fase 4)**. O primeiro ponto enfatizado foi de que seriam utilizados exclusivamente dados referentes ao desempenho acadêmico do aluno, de modo que dados sensíveis e potencialmente discriminatórios não seriam analisados pelo algoritmo **(fases 1 e 2)**. Em segundo lugar, argumentou que os dados referentes ao histórico escolar referem-se à mensuração de desempenho acadêmico, e assim, seriam compatíveis com a finalidade de substituir o Exame nacional **(fase 3)**. Por fim, reiterou que todas as informações seriam processadas de modo transparente e em um sistema de alta segurança, à prova de fraudes e vazamento de informações **(fase 4)**.

Apesar das declarações governamentais, os protestos não foram evitados e referiam-se, principalmente, às potencialidades discriminatórias da ferramenta, que, operando com machine learning, torna difícil a compreensão sobre o funcionamento do sistema e da importância dos critérios empregados **(fase 2 e 3)**. Além disso, considerou-se a quebra de expectativa dos alunos, que não prestaram as provas ao longo dos anos escolares com a perspectiva de que elas viriam a ser utilizadas futuramente para seu ingresso na Universidade **(fase 3)**.

#### C.9.1.2) AUTOMATIZAÇÃO DE SISTEMA DE BONIFICAÇÃO

Os administradores de uma empresa de computadores resolvem automatizar o sistema de bonificação de seus colaboradores. Sua ideia é que, a partir de então, o bônus seja medido por meio da integração de diversas informações referentes à produtividade e dimensionamento dos lucros que cada colaborador traz para a empresa.

Para começar a rodar o programa, os administradores informam que será necessário compartilhar os dados de produtividade e rentabilidade dos colaboradores a fim de que a IA possa identificar padrões organizacionais da companhia e a progressão do trabalho desempenhado pelo corpo de funcionários.

Os responsáveis pelo projeto levaram a proposta para o conselho diretor, o qual se mostrou preocupado com possíveis resultados falseadores do mérito de seus colaboradores, questionando os possíveis riscos da IA realizar inferências discriminatórias. Apesar disso, decidiram levar o projeto adiante.

Tanto conselheiros como administradores entendiam existir um legítimo interesse da empresa em buscar melhorar seu sistema de bonificação **(fase 1)**. Ainda assim, concordavam que uma série de questões

deveriam ser enfrentadas para que o tratamento de dados para estes fins se desse adequadamente. Um dos pontos discutidos foi o de que, para não ser excessiva a quantidade de dados tratados e para trazer um perfil mais aproximado da realidade da empresa, seriam utilizadas apenas informações referentes às atividades dos últimos 5 anos. **(fase 2)**.

Ambos concordavam que não existiriam problemas quanto às expectativas dos colaboradores em relação ao tratamento de seus dados, já que estas mesmas informações teriam servido com o propósito de bonificação anteriormente **(fase 3)**. Além disso, outras medidas deveriam ser tomadas. Uma delas seria a criação de um espaço para que os colaboradores pudessem seguramente questionar os resultados do sistema e também os dados que foram nele inseridos. Outra tida como essencial era a promoção do máximo de transparência possível sobre a metodologia de cálculo da ferramenta, permitindo assim que fossem feitos questionamentos e correções sobre seu funcionamento e seus resultados **(fase 4)**.

### C.9.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

#### Legitimidade:

a princípio, o uso de inteligência artificial para diversos fins, por parte de empresas e outras entidades, é legítima e encontra respaldo na lei. A finalidade, em si, normalmente não é o problema, mas sim o resultado dessa utilização.

#### Necessidade:

é comum que sistemas de inteligência artificial precisem de uma quantidade substancial de dados para “alimentá-los” e permitir a sua codificação ou aprendizagem. A despeito disso, ainda é importante que fique bastante clara a relação entre os dados coletados e sua necessidade para a consecução da finalidade específica daquele ciclo de trabalho da inteligência artificial.

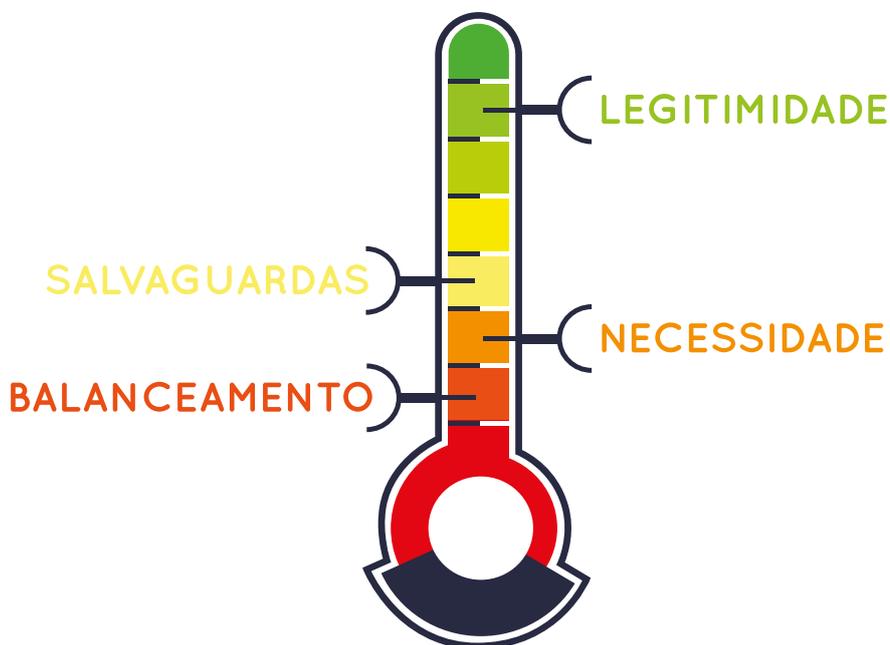
#### Balanceamento:

é neste ponto que as aplicações de inteligência artificial amparadas no legítimo interesse se tornam críticas. Isso porque, especificamente em algumas aplicações de aprendizagem de máquina, esta pode tomar decisões desfavoráveis (ou discriminatórias) a titulares de dados sem que, como contrapartida, seus programadores saibam ou entendam os critérios que levaram a tais decisões. Assim, embora a legítima expectativa possa estar presente, há casos em que haverá um desequilíbrio entre o interesse do controlador (legítimo) e os direitos e interesses dos titulares.

#### Salvaguardas:

justamente em razão da criticidade, existente em certos casos, do uso da inteligência artificial frente aos titulares de dados, torna-se mais relevante a implantação de salvaguardas que mitiguem os efeitos negativos do tratamento, como medidas fortes de segurança da informação, anonimização e transparência.

## TERMÔMETRO DO LI EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL



## C.10) LOGÍSTICA

### C.10.1) CASOS PRÁTICOS

#### C.10.1.1) GERENCIAMENTO DE ESTOQUE

Uma pequena rede de farmácias deseja otimizar o gerenciamento de encomendas e estoques de produtos. Para tanto, entendeu que a forma mais eficiente de fazer um controle logístico deste tipo seria a partir da saída de mercadorias, ou seja, pelo controle das compras de seus clientes. Além de medir os estoques, essa dimensão serviria para que a farmácia compreendesse quais produtos têm maior demanda e quais não vale mais a pena colocar à venda. A rede pretende, então, instalar um sistema que coleta e sistematiza todas as suas saídas, gerando automaticamente avisos de reposição de estoque (**fase 1**).

Em princípio, a farmácia pedia o consentimento de seus clientes para que os dados ali coletados fossem utilizados para controle logístico de mercadorias. Contudo, logo se percebeu que, como nem sempre o cliente consentia, a mensuração das saídas dos produtos ficava muito prejudicada e o sistema tornava-se inútil. Por essa razão, o dono da rede optou por uma nova abordagem, adotando o legítimo interesse como base legal.

O proprietário concluiu que o mais importante seria minimizar a quantidade de dados compartilhados com o sistema de gerenciamento automático de estoque (**fase 2**), assim, a integração com a compra seria restrita ao produto da venda, preço e hora, retirando-se automaticamente toda informação relacionada diretamente ao comprador, de forma a gerar uma pseudonimização (**fase 4**). Trata-se, no caso, de dados cuja utilização para fins de logística não fogem à expectativa que o usuário tem sobre o negócio (**fase**

3). Além disso, medidas de transparência acerca do uso dos dados e de sua finalidade seriam postos em prática (**fase 4**).

### C.10.1.2) TRANSPORTE E ENTREGAS

Uma rede de varejo, interessada em otimizar seu sistema de entrega de mercadorias, firma uma parceria com uma startup especializada na coleta e tratamento de informações de geolocalização. O serviço ofertado pela startup é a correlação de informações de entregas da loja de varejo com rotas estrategicamente pensadas para que o produto chegue o mais rápido possível à casa dos clientes. Os dados de geolocalização servem como guia, que, com base em informações de tempo de deslocamento, rotas congestionadas, horários de melhor trânsito por região, traçam de forma automatizada o caminho mais eficiente a ser tomado pelo entregador (**fase 1**). Para tornar possível a parceria, será necessária a integração da base de dados de pedidos de entrega com o sistema da startup. A base legal associada pelo controlador a tal operação é o legítimo interesse.

Para se amoldar às exigências do legítimo interesse, as empresas foram cuidadosas em pensar em uma integração que restringisse o compartilhamento de informações ao estritamente necessário. Nesse sentido, apesar do cadastro de vendas da varejista conter uma série de informações do comprador, para cada entrega seria gerado um código de cliente e, assim, seriam compartilhados com o sistema da startup apenas o endereço de entrega, a data da compra e o código do cliente (código que o cliente também detém, a fim de confirmar sua identidade na entrega). A partir destas informações, o programa indicaria aos entregadores as rotas referentes aos códigos atribuídos aos clientes, de modo que apenas o entregador, funcionário da empresa de varejo, teria acesso às informações de compra e identificação do cliente (**fase 2 e 3**). Apesar dessa medida, considerada bastante positiva, uma análise posterior considerou que a empresa falhou ao não comunicar os clientes acerca da prática, por meio de avisos transparentes, nem possibilitar a eles a oportunidade de se opor ao tratamento. Isso foi eventualmente remediado em uma versão posterior da estratégia (**fase 4**).

### C.10.2) ANÁLISE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM LOGÍSTICA

#### Legitimidade:

Trata-se de finalidade legítima, sem restrição legal, que deve ser também concreta para que essa etapa se sustente.

#### Necessidade:

No caso de logística, é possível reduzir consideravelmente o número de dados considerados necessários para a atividade em questão - um ponto que deve ser observado pelos controladores ao programar o tratamento de dados, especialmente porque é comum que as empresas detenham dados cadastrais, coletados para outras finalidades, que não devem ser “transplantados” para a finalidade de logística.

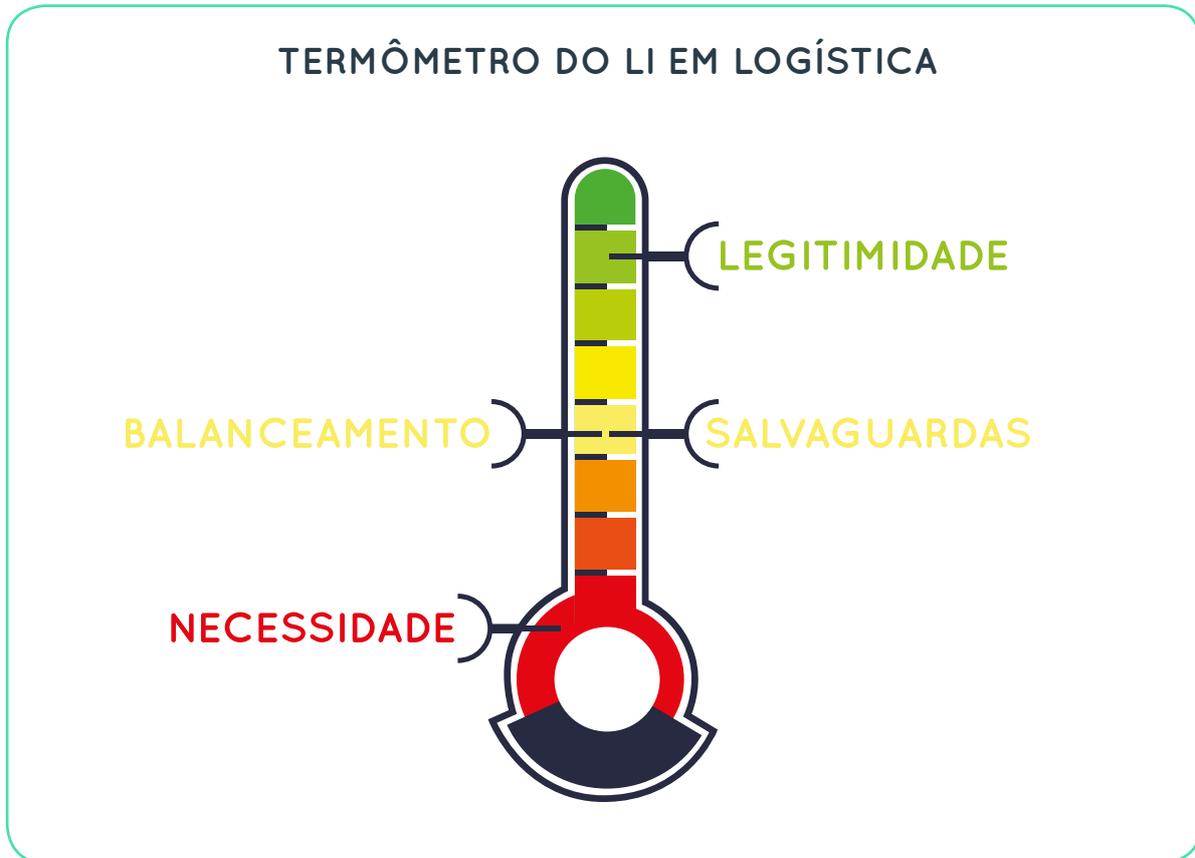
#### Balanceamento:

Os titulares de dados têm expectativa de que alguns dados coletados em uma compra sejam utilizados para facilitar a logística de entrega, o que é, inclusive, uma medida favorável a eles. Não obstante, é necessário verificar se o tratamento, no caso concreto, não apresenta nenhum tipo de lesividade ou efeito discriminatório para os interesses e direitos dos titulares.

#### Salvaguardas:

O uso de dados para fins de logística pode ser considerado algo tão corriqueiro em uma empresa

que as salvaguardas aos dados pessoais podem ser eventualmente esquecidas. Medidas como política de segurança da informação, transparência e pseudonimização devem ser consideradas.



## C.11) EXEMPLO DE APLICAÇÃO DO LIA

A “Trabalho para Todos” é uma associação que tem como missão promover atividades e projetos que reduzam o desemprego no país. Um de seus projetos foi a criação de uma plataforma online, a “Emprega Mais”, cujo objetivo era aproximar pessoas em busca de emprego de empresas que estavam contratando.

A “Emprega Mais” opera da seguinte forma: pessoas interessadas se cadastram na plataforma (com nome, endereço de e-mail e número de telefone), inserindo também algumas informações profissionais (experiência prévia e outras informações curriculares). Também existe um local próprio para que empresas inscrevam suas vagas abertas, indicando as funções a serem desempenhadas e, caso existam, os requisitos necessários para cada vaga. A “Emprega Mais”, identificando candidatos compatíveis com determinada vaga, entra em contato com a empresa para informar que possui alguns possíveis colaboradores de seu interesse. Caso a empresa informe que as vagas ainda estão em aberto, a “Emprega Mais” comunica aos candidatos da existência da oportunidade e lhes sugere entrar em contato com a empresa.

A associação, entretanto, considerou que esse modelo de intermediação tornava o processo moroso, atrasando o contato entre a empresa e o candidato. Visto isso, a “Trabalho para Todos” percebeu que seria mais eficiente que as informações dos candidatos compatíveis com as vagas fossem diretamente compartilhadas com as empresas que estavam contratando. No novo modelo, a empregadora, se interessada no candidato, poderia entrar diretamente em contato com ele, o que facilitaria a aproximação.

A “Trabalho para Todos” logo percebeu que o compartilhamento de dados com as empresas significaria

a realização de um novo tipo de tratamento de dados dos inscritos em sua plataforma. Considerando que, a princípio, a coleta de informações serviria apenas para (i) a verificação da compatibilidade entre candidatos e vagas e (ii) para que a própria “Trabalho para Todos” entrasse em contato com os titulares, entendeu-se que o compartilhamento de dados com as empresas era algo distinto que exigia uma base legal própria.

Dito isto, a “Trabalho para Todos” concluiu que a base legal mais apropriada no caso, conforme os dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados, seria a do legítimo interesse. Para tanto, verificou e documentou a legalidade do tratamento por meio de um LIA:

<b>FINALIDADE</b>		
<b><i>Descrição da finalidade necessária para qual os dados pessoais serão tratados</i></b>		
A finalidade do compartilhamento é a aproximação entre indivíduos em busca de emprego e possíveis empregadores interessados.		
<b>Dados pessoais tratados</b>		
<b><i>Listagem de todos os tipos de dados para os quais será verificado se a base legal adequada será o legítimo interesse</i></b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>● Nome completo</li> <li>● Telefone</li> <li>● E-mail</li> <li>● Formação</li> <li>● Experiência profissional prévia</li> </ul>		
<b>BASE LEGAL</b>	<b>DETALHES</b>	<b>APONTAMENTOS</b>
<b>Legitimidade do interesse</b> (Art. 10, caput e Inciso I, da LGPD)	<b><i>Finalidade legítima</i></b>  Descrição e verificação do interesse do controlador em tratar os dados, para verificar se este é legítimo, ou seja, lícito, adequado e proporcional.	A finalidade do compartilhamento é indicar possíveis colaboradores às empresas, interesse este legítimo, lícito, adequado e proporcional.
	<b><i>Situação concreta</i></b>  Descrição do contexto real em que se dará o tratamento de dados, não sendo aceito situações que podem existir no futuro, abstratas ou genéricas.	A associação compartilhará dados de contato daqueles que se inscreveram em seu programa de busca de empregos quando houver indícios de que há compatibilidade entre vagas e candidatos.

<b>Necessidade</b> (10, §1º, da LGPD)	<p style="text-align: center;"><i>Minimização</i></p> <p>Verificação de que apenas os dados pessoais estritamente necessários para atingir a finalidade pretendida estão sendo processados, evitando, assim, o uso de dados em excesso, não compatíveis e adequados.</p> <p>Verificação da existência de outros tipos de dados menos intrusivos, disponíveis ao controlador, que poderiam ser eventualmente utilizados para atingir as mesmas finalidades.</p>	<p>Os dados do compartilhamento se restringem ao necessário para identificação do candidato (nome), para que a empresa entre em contato com ele (e-mail/telefone - ambos eram requisitados considerando a possibilidade de perda ou desatualização de um dos meios) e para que a própria empresa verifique se os requisitos mínimos esperados ao preenchimento da vaga seriam atendidos (formação e experiência).</p>
	<p style="text-align: center;"><i>Outras bases legais</i></p> <p>Verificação da existência de alguma outra base legal, como consentimento, execução do contrato ou obrigação legal, ou outra prevista no rol do Art. 7º, não seria mais adequada para o contexto de tratamento do caso concreto.</p>	<p>A associação considera que talvez fosse possível tratar os dados a partir da base legal do consentimento. Entretanto, esta base não se mostrou a mais adequada. A “Emprega Mais” já conta com um grande número de inscritos, o que torna o trabalho de garantir um consentimento válido de todos eles algo de difícil execução.</p> <p>Além disso, mesmo no caso de novos inscritos, a associação entendeu que garantir o consentimento válido seria delicado, pois em certa medida, não concordar com o compartilhamento implicaria um prejuízo para pessoa, uma maior morosidade na aproximação entre candidato e empregador.</p>
<b>Balanceamento</b> (Art. 6º, I, 7º, IX, e art. 10, II, da LGPD)	<p style="text-align: center;"><i>Legítima expectativa</i></p> <p>Verificação de: (i) se existe algum tipo de relação pré-estabelecida com o titular do dado de onde se possa inferir uma possível expectativa sua; ou (ii) se o homem médio, no contexto do tratamento dos dados, poderia vislumbrar que seus dados poderiam ser tratados para as finalidades aqui descritas.</p>	<p>Há uma relação pré-estabelecida que é condizente com o tratamento. A razão pela qual os dados são fornecidos a princípio - que é a verificação de compatibilidade entre candidatos e vagas - é intimamente ligada ao segundo tratamento, isto é, o compartilhamento de dados daqueles que buscam emprego com aqueles que estão contratando.</p>

	<p><i>Direitos e liberdades fundamentais</i></p> <p>Verificação de se algum direito básico do titular do dado (como de acesso, de retificação, de cancelamento e de oposição) pode ser mitigado.</p> <p>Verificação de que liberdades fundamentais (como de expressão, de locomoção, de associação e outras previstas no ordenamento) serão impactadas de forma desproporcional ao ponto de prejudicar o indivíduo de forma não autorizada.</p>	<p>O compartilhamento realizado pela “Emprega Mais” não viola diretamente nenhum direito do titular ou traz prejuízos a ele.</p> <p>A “Emprega mais” possui um local próprio em seu site que permite aos titulares fazerem requisições de direitos de acesso, retificação, cancelamento e oposição.</p> <p>Há também um local específico para que os titulares se manifestem caso entendam que estão sendo prejudicados pelo tratamento de suas informações.</p>
<p><b>Salvaguardas</b> (10, §2º e §3º da LGPD)</p> <p>Quais são as medidas e instrumentos empregados para garantir os direitos dos titulares dos dados e evitar que seus dados sejam eventualmente utilizados de forma indevida.</p>	<p><i>Transparência</i></p> <p>Explicação sobre quais dados são coletados, como eles são utilizados e permissão para que o titular tenha acesso a uma cópia dos seus dados pessoais.</p>	<p>A associação possui uma política de privacidade bastante gráfica disposta de forma acessível em seu site. Nela, há a descrição clara de quais os diferentes tratamentos realizados em relação aos dados que são coletados.</p> <p>Outra medida tomada para garantir a transparência da “Emprega Mais” de forma proativa foi a de disponibilizar este “LIA” na plataforma.</p> <p>Fora isso, os mecanismos de requisição encontram-se também disponíveis de modo acessível em seu sítio.</p>
	<p><i>Mecanismos de oposição</i></p> <p>Forma como o titular dos dados pode se opor ao tratamento dos seus dados, caso não concorde com este ou o tratamento estiver em desconformidade com a legislação.</p>	<p>Dentre as garantias conferidas ao titular, a “Emprega Brasil” disponibiliza de forma facilitada em seu site um meio para que o titular possa manifestar sua oposição ao compartilhamento de seus dados com os possíveis empregadores.</p>
	<p><i>Mitigação de riscos</i></p> <p>Exemplos de medidas possíveis: anonimização; pseudonimização; segmentação das bases dados; controle de acesso aos dados.</p>	<p>A “Emprega Mais” percebeu que medidas de mitigação como a anonimização não fariam sentido em relação à finalidade do tratamento. Medidas de mitigação possíveis seriam o armazenamento em local seguro (seus próprios servidores) e a segmentação de bases de dados conforme a finalidade do tratamento.</p>

## GLOSSÁRIO

**Analytics:** Uso aplicado de dados em análises e raciocínio sistemático com fins de execução de processo de tomada de decisão eficiente. Utiliza-se de técnicas matemáticas, estatísticas e de modelagem preditiva com o objetivo de encontrar padrões e conhecimento significativos através de dados.

**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, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, XI.

**Aprendizagem de máquina:** O Subcampo da Inteligência Artificial que explora a habilidade de computadores detectarem padrões e criarem conexões para sozinhos se desenvolverem na execução de uma função sem a direta programação de um humano.

**Banco de Dados:** Conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, IV.

**Controlador:** pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, VI.

**Consentimento:** manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, XII.

**Cookies:** Arquivos de internet que armazenam os dados de navegação de um usuário, são utilizados para identificar o visitante, identificar padrões de uso da rede e facilitar o transporte de dados entre as páginas de um mesmo site.

**Dados Agregados:** Dados resumidos ou tratados estatisticamente, são números apresentados na forma de um único, quer seja um total, uma média, porcentagens, proporções, etc.

**Dado Pessoal:** Informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, I.

**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, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, II.

**Endereço IP:** Representação numérica referente ao “Protocolo da Internet”, serve para a identificação de onde um dispositivo está conectado à internet, comportando, também, partes da natureza do dispositivo conectado.

**Inteligência Artificial:** Inteligência similar à humana executada por sistemas de software, tecnologia que simula a capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas.

**Operador:** pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, conforme definição prevista na Lei Geral de Proteção de Dados, art. 5º, VII.

**Pseudonimização:** Procedimento que torna um dado pseudonimizado, ou seja, que afasta a identificação imediata do titular, mas que não desfaz por completo o vínculo entre dado e titular, sendo passível de sofrer técnicas de reversão.

**Privacy by Design:** Ideia de que a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de um produto ou prestação de serviço para que estes facilitem o controle e a proteção das informações pessoais.

**VPN:** Sigla de “Virtual Private Network”, é uma rede privada virtual, correspondente a uma rede intermediária entre o usuário e a internet e que oferece ferramentas adicionais de navegação sigilosa.