


O LEGÍTIMO INTERESSE
COMO FUNDAMENTO
NO TRATAMENTO DE
DADOS PESSOAIS



DANIEL BABO DE RESENDE CARNAVAL
DANIEL GUARIENTO
EDUARDO PERAZZA
SÁVIO PEREIRA DE ANDRADE



O LEGÍTIMO INTERESSE COMO FUNDAMENTO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

O avanço tecnológico que as sociedades vêm experimentando, com destaque para o advento da internet e, mais recentemente, da internet das coisas (IoT, na sigla em inglês),¹ provocou verdadeira revolução na maneira não só como nos relacionamos, mas também como são tratados os nossos dados pessoais. Basta lembrar que atualmente empresas que detêm grande quantidade de dados, como Amazon, Facebook, Google e Netflix, estão entre as mais valorizadas do mundo. Esse cenário, em que dados viraram uma espécie de moeda altamente valorizada, fomentou ainda mais as discussões que resultaram na aprovação da Lei Federal nº 13.709/18, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou simplesmente LGPD.

¹ Internet das Coisas é o conjunto de objetos utilizados no dia a dia que, por meio de sua conexão com a internet, sensores, softwares e outras tecnologias, permitem a troca e a disponibilização de dados dos usuários.

E é justamente isso que a LGPD faz. Oriunda do Projeto de Lei (PL) nº 4.060/12, a LGPD dá ao titular dos dados pessoais o direito de requerer aos agentes de tratamento – o controlador e o operador (artigo 5º, inciso IX, LGPD) – informações sobre seus dados tratados por eles. De acordo com artigo 5º, inciso V da lei, titular é qualquer “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”.

A lei também conceitua em seu artigo 5º, inciso X, o termo tratamento de dados como “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”. A descrição do dispositivo é exemplificativa, e não exaustiva, de modo que devemos entender por tratamento qualquer operação realizada com o dado pessoal desde a sua coleta até a sua supressão.

Vivemos no país um importante momento não só legal, mas também econômico, uma vez que a LGPD, inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR, na sigla em inglês), impacta todas as empresas que de alguma forma tratam dados pessoais.

A desconformidade com a lei pode resultar em sanções administrativas consideráveis,⁴ que vão desde simples advertência (art. 52, I), passando pela multa simples limitada a R\$ 50 milhões por infração (art. 52, II), até a proibição parcial ou total do tratamento dos dados pessoais (art. 52, XII).

Nesse novo cenário, é possível que as empresas fiquem confusas sobre como e em quais hipóteses podem tratar os dados pessoais, uma vez que tais informações são muitas vezes cruciais para a continuidade dos seus negócios.

⁴ De acordo com as alterações impostas pela Lei nº 14.010/20, as sanções previstas na LGPD entrarão em vigor em 1/8/2021.



ATENÇÃO ÀS CONDICIONANTES PARA O MANEJO DOS DADOS PESSOAIS

Os agentes de tratamento precisam sempre considerar os fundamentos da lei que estão previstos no artigo 2º, que servem de base de interpretação e norte para as suas condutas. O respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, ao desenvolvimento econômico e tecnológico e à inovação, à livre iniciativa, à livre concorrência, à defesa do consumidor e dos direitos humanos e ao livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade e do exercício da cidadania pelas pessoas naturais não deve, em hipótese alguma, ser desconsiderado pelos profissionais da área quando estiverem atuando dentro dos ditames da LGPD.

A LGPD prevê em seu artigo 7º as hipóteses nas quais os dados podem ser tratados. A grande maioria delas não apresenta maiores desafios e por isso são de aplicabilidade direta. Porém, um inciso em especial, o IX, exige reflexão por parte dos agentes de tratamento, uma vez que não pode ser tomado genericamente para justificar o manejo de dados pessoais.

Um exemplo é o caso de uma concessionária de veículos que detém em sua base de dados diversas informações sobre clientes. Em nome do legítimo interesse, ela pode entrar em contato com um desses clientes para informar uma nova oferta ou serviço. No entanto, esse inciso não pode ser interpretado como base genérica para o tratamento de dados pessoais.

A fundamentação para que o inciso IX seja aplicado está prevista no artigo 10 da LGPD. Assim, o legítimo interesse poderá servir de justificativa para o tratamento de dados pessoais quando eles:



Servirem de apoio e promoção das atividades do controlador.



Protegerem o exercício regular de direito do titular ou prestarem serviços que o beneficiem.



Houver outras finalidades interpretadas como legítimas.

Nos dizeres de Bioni:⁵ "A arquitetura normativa do legítimo interesse na LGPD o denuncia. Se, por um lado, apresenta-se como uma nova e potencialmente mais flexível base legal para o tratamento de dados, por outro lado impõe ônus argumentativo por quem dele se vale".

Verifica-se, portanto, que o tratamento de dados com base no legítimo interesse tem condicionantes. Os agentes de tratamento não podem se valer dele caso essas condicionantes não estejam presentes. Dessa forma, a eventual interpretação de que o artigo 7º, inciso IX, possa ser utilizado como fundamentação genérica para justificar o tratamento de dados pessoais deve ser afastada.

⁵ BIONI, Bruno Ricardo. "Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional". In: *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CENÁRIO EUROPEU É REFERÊNCIA

Como o assunto é novo no Brasil e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ainda não se manifestou sobre o tema, a discussão sobre o legítimo interesse no tratamento de dados tem como apoio o cenário europeu, no qual o GDPR já vem sendo aplicado desde 2018 e que conta com orientações sobre o tema desde 1995, com a Diretiva nº 95, de 24 de outubro daquele ano.

Conforme o artigo 7º, alínea f, desse documento, o tratamento de dados pessoais por estados-membros da União Europeia poderá ocorrer somente se o processamento for "necessário para os propósitos dos legítimos interesses perseguidos pelo controlador ou por terceiros para quem os dados são informados, exceto nos casos em que tais interesses são sobrepostos por interesses de direitos fundamentais e liberdade da informação dos dados que requerem proteção conforme o artigo 1º". Já o GDPR estabelece em seu artigo 6º, 1, as hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais, estando o legítimo interesse também previsto na alínea f.



Já o considerando 47 do GDPR descreve o que se entende por legítimo interesse: "Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, tomando em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados baseadas na relação com o responsável". O documento também apresenta exemplos de legítimo interesse, como o marketing direto e a prevenção de fraude.

O tema é tão importante que o Grupo de Trabalho do Artigo 29 (grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e da privacidade até 25 de maio de 2018) elaborou o Parecer O6/2014, que apresentou, além de orientações sobre o conceito de interesse legítimo, o chamado teste de ponderação – ou *balancing test* – no qual os agentes de tratamento, após verificarem que existem interesses legítimos no caso concreto, balancearão tais interesses com aqueles da pessoa física.

TESTE DE PONDERAÇÃO

Neste artigo, a ideia não é discorrer sobre as etapas do teste de ponderação, mas apenas destacá-las para melhorar a compreensão do tema. O teste é composto por sete etapas:

- 1** Verificar quais são os fundamentos jurídicos para o tratamento de dados pessoais.
- 2** Qualificar o interesse como "legítimo" ou "ilegítimo".
- 3** Determinar se o tratamento é necessário para servir ao interesse perseguido.
- 4** Estabelecer um equilíbrio provisório.
- 5** Estabelecer um equilíbrio final.
- 6** Demonstrar o cumprimento e garantir a transparência.
- 7** Garantir a existência de um mecanismo que permita a reavaliação do teste, caso o titular venha a se opor ao tratamento de seus dados pessoais.

A LGPD não apresenta o procedimento para que o teste de ponderação possa ser realizado. Assim, enquanto a ANPD não se manifestar sobre o tema, estabelecendo diretrizes sobre como o teste deverá ser aplicado, é livre a atuação das empresas sobre o assunto.

Porém, é preciso considerar que o artigo 10 da LGPD deve ser devidamente observado, com destaque para o seu § 3º, o qual prevê a possibilidade de a ANPD requisitar, a qualquer momento, o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD). Tal relatório é a "documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco", conforme conceitua o artigo 5º, inciso XVII, da LGPD.

Os empresários brasileiros, portanto, precisam desde já trabalhar com a ideia de que tratar os dados pessoais com base no legítimo interesse exige análise e justificativa detalhadas do caso concreto em que se pretende aplicá-lo, não podendo o artigo 7º, inciso IX ser visto como hipótese genérica para o tratamento de tais informações.

As empresas que pretendem justificar a criação de perfis comportamentais e de consumo de seus clientes com base no legítimo interesse atuam de forma equivocada. Por exemplo: uma farmácia não pode, com base nas informações pessoais por ela tratadas, criar um perfil de saúde dos seus clientes e então direcionar a eles a publicidade de determinados medicamentos, às vezes controlados, e suplementos, até porque, nos termos do artigo 11 da LGPD, o tratamento de dados sensíveis, como é o caso dos dados de saúde, não pode ser feito com base no legítimo interesse.

Além disso, é preciso estar atento ao cenário nacional sobre o assunto. Em março deste ano, a ANPD firmou com a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) um Acordo de Cooperação Técnica, no qual ambas as entidades se comprometem a "(...) promover ações conjuntas sobre assuntos de interesse recíproco (...)". A cláusula segunda, item b, estabelece que "cabará à ANPD esclarecer, em caso de dúvidas, o (seu) posicionamento (...) quanto à interpretação e à aplicação das normas relativas à proteção de dados pessoais que, de alguma forma, afetem os interesses dos consumidores".

Assim, nada impede que a ANPD possa, desde já, ser provocada a se manifestar sobre o tema do "legítimo interesse no tratamento de dados pessoais". Os agentes de tratamento devem estar devidamente preparados e familiarizados com o assunto.

A decisão de uma empresa sobre a utilização de alguma das hipóteses previstas no artigo 7º, isto é, a justificativa para o tratamento de dados pessoais, deverá ser conjunta. Sendo assim, é importantíssima a participação do setor de tecnologia da informação (TI) e de pessoas que tenham poder decisório, já que a deliberação final é, em última análise, também uma decisão de negócio que pode acarretar impactos positivos ou negativos, dependendo de como será realizado esse tratamento.



CONTATOS

DANIEL BABO DE RESENDE CARNAVAL

Advogado | Belo Horizonte
Penal Empresarial
dcarnaval@machadomeyer.com.br
+55 (31) 3194-1728

DANIEL GUARIENTO

Sócio | São Paulo
Contencioso, arbitragem e disputas /
Varejo e consumo / Tecnologia
dbt@machadomeyer.com.br
+55 (11) 3150-7778

EDUARDO PERAZZA

Sócio | São Paulo
Contencioso, Arbitragem e disputas /
Gerenciamento de crises / Tecnologia /
Varejo e consumo / Educação / Mineração
epmedeiros@machadomeyer.com.br
+55 (11) 3150-7691

SÁVIO PEREIRA DE ANDRADE

Advogado | São Paulo
Contencioso, arbitragem e disputas
sandrade@machadomeyer.com.br
+ 55 (11) 3150-7644

PORTAL INTELIGÊNCIA JURÍDICA

Nossa visão para as questões que impactam os seus negócios
Acesse nosso conteúdo: www.machadomeyer.com.br/inteligenciajuridica