FGV DIREITO SP

MESTRADO PROFISSIONAL

O Uso do Legítimo Interesse como Ferramenta de Avaliação de Risco na Atividade de Tratamento de Dados Pessoais

Felipe Gabriades de Souza

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 01.07.2022

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

O Brasil, seguindo uma tendência mundial de regulação do uso de dados pessoais, aprovou, em agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018 – LGPD). Tal lei impacta todos os setores da economia, incluindo o setor público, exigindo que organizações revisem suas práticas e adaptem seus processos.

A LGPD está inserida em um contexto internacional de legislações que tratam de proteção de dados pessoais. Nacionalmente, a lei também integra um conjunto de outras regulações que dispõem sobre privacidade e proteção de dados pessoais no Brasil.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou, nos anos 1980, as Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais, que influenciaram as regulações de diversos países sobre o tema. No cenário internacional, verifica-se, na última década, a aprovação ou alteração de regras de proteção de dados pessoais em

diversos países, como México[1], Colômbia[2], Singapura[3] e algumas unidades federativas dos Estados Unidos da América, além do Espaço Econômico Europeu[4].

No Brasil, o direito à intimidade e à vida privada já era disposto na Constituição Federal[5], e recentemente foi aprovada a Emenda Constitucional nº 115/2020, que inclui no rol de direitos fundamentais o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais[6]. Há, ainda, dispositivos de proteção de dados pessoais no Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet, Lei do Cadastro Positivo, Lei do Sigilo Bancário, entre outras regulações. A LGPD não revoga expressamente nenhuma dessas regras, sendo que uma de suas principais contribuições é justamente nortear a interpretação das diferentes leis e unificar entendimentos.

A LGPD estabelece conceitos, princípios e deveres, cria direitos específicos para os titulares de dados pessoais, fixa medidas para realização de transferências internacionais, contextua responsabilidades dos agentes de tratamento[7] de dados pessoais, define penalidades para hipóteses de descumprimento da lei a serem aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que também foi criada pela mesma lei, dentre outros temas.

De forma destacada, a LGPD define hipóteses legais que permitem o tratamento de dados pessoais. Em outras palavras, os dados pessoais só podem ser tratados com a utilização de pelo menos uma das hipóteses previstas na LGPD – tais hipóteses são popularmente conhecidas como “bases legais”.

Dentre as bases legais previstas na LGPD, é tema central do presente trabalho de pesquisa a do legítimo interesse, que se refere, conforme texto legal, ao tratamento de dados pessoais *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*[8].

---

[1] Ley Federal de Protección de Datos Personales em Posesión de los Particulares de 2010.
[2] Ley 1581/2012.
[3] Personal Data Protection Act 2012.
[4] Regulamento 2016/679 – GDPR.
[5] Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
[6] Art. 5º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.
[7] Termo adotado pela LGPD para definir todo e qualquer uso de dados pessoais, como coleta, acesso, armazenamento, transferência etc.
[8] Art. 7º, IX, da LGPD.

Diferentemente, por exemplo, da base legal de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, que se apresenta no formato de hipótese fechada, o legítimo interesse é uma base legal aberta, que permite o tratamento de dados pessoais para situações concretas que não sejam proibidas por lei e que não conflitem com direitos e liberdades individuais dos titulares. Para ser válido, esse tratamento deve ter como referências uma finalidade legítima, uma expectativa aceitável do titular e deve ocorrer somente com o uso de dados necessários à finalidade, dando transparência ao titular e observando também seus direitos previstos na LGPD.

Os interesses legítimos almejados devem ser do próprio agente de tratamento ou de terceiro, sendo que a própria LGPD apresenta, como exemplos de aplicação do legítimo interesse, as situações de apoio e promoção das atividades do controlador e de prestação de serviços que beneficiem o titular de dados pessoais[9].

Por ser uma base legal aberta, o legítimo interesse concede considerável liberdade e autonomia para controladores de dados pessoais utilizarem-na em novos modelos de negócio ou em situações em que outras bases legais previstas na LGPD não são indicadas ou possíveis do ponto de vista prático.

Dado o seu caráter aberto, convencionou-se internacionalmente a adoção de modelos de avaliação do cabimento do legítimo interesse em situações de tratamento de dados – metodologia esta comumente chamada de "teste de legítimo interesse". A LGPD define, inclusive, que a ANPD poderá solicitar do controlador dos dados pessoais a apresentação de relatório de impacto à proteção de dados pessoais[10] quando o tratamento de dados pessoais for baseado no legítimo interesse[11]. É possível afirmar, assim, que utilização da base legal do legítimo interesse demanda do controlador uma avaliação de risco, evolvendo a identificação de condições essenciais e de validade, bem como um balanceamento em relação à posição do titular dos dados pessoais em relação à atividade de tratamento.

A partir desse contexto, a questão central de pesquisa buscará (i) definir o conteúdo da base legal do legítimo interesse, comparando-a, inclusive, com as demais bases legais previstas na LGPD, (ii) identificar as melhores práticas para a avaliação do cabimento dessa base legal em situações de

---

[9] Art. 10, I e II, da LGPD.
[10] 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 (art. 5º, XVII, da LGPD).
[11] Art. 10, §3º, da LGPD

tratamento de dados pessoais e (iii) recomendar abordagem para que o uso da base legal do legítimo interesse sirva para efetivamente mensurar os riscos das atividades de tratamento de dados pessoais.

O trabalho adotará como modelo de pesquisa predominante o de trabalho exploratório, visando, ao final, identificar a melhor prática ou o aprimoramento de prática existente no que diz respeito à utilização da base legal do legítimo interesse como ferramenta de avaliação de risco nas atividades de tratamento de dados pessoais.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Com base na questão central de pesquisa e no recorte temático apresentado, propõe-se os quesitos e fontes de pesquisa conforme definidos abaixo.

2.1. Contextualização fática

[Q1] Por que os países passaram a adotar leis para regulação da proteção de dados pessoais?

[F1.1] Doutrina relacionada ao tema.

[Q2] O que é a LGPD e quais são os seus impactos?

[F2.1] Legislação atual aplicável;

[F2.2] Regulações e opiniões da ANPD;

[F2.3] Doutrina relacionada ao tema.

2.2. Referencial teórico-normativo

[Q1] O que significa o conceito de base legal?

[F1.1] Legislação atual aplicável (inclusive internacional);

[F1.2] Regulações e opiniões da ANPD e de outras autoridades de proteção de dados;

[F1.3] Doutrina relacionada ao tema.

[Q2] O que é a base legal do legítimo interesse?

[F2.1] Legislação atual aplicável (inclusive internacional);

[F2.2] Regulações e opiniões da ANPD e de outras autoridades de proteção de dados;

[F2.3] Doutrina relacionada ao tema.

[Q3] Quais as diferenças entre o legítimo interesse e as demais bases legais previstas na LGPD?

[F3.1] Legislação atual aplicável (inclusive internacional);

[F3.2] Regulações e opiniões da ANPD e de outras autoridades de proteção de dados;

[F3.3] Doutrina relacionada ao tema.

[Q4] Quais atividades de tratamento de dados pessoais costumam ser fundamentadas na base legal do legítimo interesse?

[F4.1] Legislação atual aplicável (inclusive internacional);

[F4.2] Regulações e opiniões da ANPD e de outras autoridades de proteção de dados;

[F4.3] Doutrina relacionada ao tema.

2.3. Abordagem analítica

[Q1] A que riscos os titulares de dados pessoais estão normalmente expostos?

[F1.1] Regulações e opiniões da ANPD e de outras autoridades de proteção de dados;

[F1.2] Doutrina relacionada ao tema.

[Q2] Quais aspectos devem ser avaliados em um teste de aplicação da base legal do legítimo interesse?

[F2.1] Legislação atual aplicável (inclusive internacional);

[F2.2] Regulações e opiniões da ANPD e de outras autoridades de proteção de dados;

[F2.3] Doutrina relacionada ao tema.

[Q3] Como a avaliação de aplicação da base legal do legítimo interesse pode servir para avaliar os riscos da atividade de tratamento de dados pessoais?

[F3.1] Doutrina relacionada ao tema.

2.4. Recomendações finais

[Q1] Como utilizar a base legal do legítimo interesse para avaliar o risco de atividades de tratamento de dados pessoais?

[F1.1] Doutrina relacionada ao tema.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O trabalho é destinado a profissionais do direito que atuam na área de proteção de dados, podendo ser também aproveitado por profissionais de outras áreas que lidam diretamente com o tratamento de dados pessoais.

Ainda que o tema do legítimo interesse seja comumente foco de debates – muito em razão de seu caráter aberto, que incentiva a adoção de técnicas de avaliação –, o objetivo do presente trabalho é utilizá-lo como meio e não como fim. O trabalho propõe uma abordagem inovadora no uso do legitimo interesse, focando em seu conteúdo e técnica de validação para construir uma metodologia de avaliação de risco em relação à atividade de tratamento de dados pessoais.

Em última instância, o trabalho propõe responder se a avaliação necessária para aplicação do legítimo interesse poderia ser utilizada para toda e qualquer atividade de tratamento de dados pessoais, inclusive aquelas fundamentadas em outras bases legais – especificamente em relação a esse ponto, o trabalho também buscará discutir as reais diferenças entre as bases legais previstas na LGPD, em diálogo com os princípios da mesma lei.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

O pesquisador é advogado com mais de 11 anos de experiência, dos quais 4 anos exclusivamente destinados à área de privacidade e proteção de dados pessoais. O pesquisador atualmente integra escritório referência nas áreas de tecnologia, inovação e proteção de dados, sendo um dos coordenadores da equipe de proteção de dados e responsável direto pelo atendimento de clientes relevantes dos setores de telecomunicações, varejo, publicidade, medicina e tecnologia.

Avaliações de ricos e de adequação às hipóteses legais de tratamento da LGPD constituem a rotina do pesquisador, o que contribuirá para a aplicação prática do resultado do trabalho no formato de melhor prática ou aprimoramento de prática existente.

5. Bibliografia preliminar

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.* Disponível em

<https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf>

BIONI, Bruno Ricardo (coord. executiva); DONEDA, Danilo (coord.) et al. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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.

COLOMBERA, Lucas. *O Legítimo Interesse na Lei Geral de Proteção de Dados*. Lumen Juris, 2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA; Ricardo de (coordenação). *O Legítimo Interesse e a LGPD*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2021.

DATA PROTECTION NETWORK. *Guidance on the use of Legitimate Interests under the EU General Data Protection Regulation*, 2018. Disponível em < https://iapp.org/media/pdf/resource_center/data_protection_network_legitimate_interests_gdpr.pdf>

DOBKIN, Ariel. *Information Fiduciaries in Practice: Data Privacy and User Expectations*. Berkeley Technology Law Journal, vol. 33: 1, 2018.

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

FERRETTI, Federico. *Data Protection and the legitimate interest of data controllers: much ado about nothing or the winter of rights?* Common Law Market Review 51: 843-868, 2014.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; TEPEDINO, Gustavo. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2019.

GELLERT, Raphael. *The risk-based approach to data protection*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

HARTZOG, Woodrow. *Privacy's Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

ICO. *What is the 'legitimate interests' basis?* Disponível em https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/what-is-the-legitimate-interests-basis/

IGNAS, Kalpokas. *Algorithmic Governance: Politics and Law in the Post-Human Era*. Cham: Palgrave Macmillan, 2019.

KAMARA, Irene; DE HERT, Paul. *Understanding the Balancing Act Behind the Legitimate Interest of the Controller Ground: A Pragmatic Approach*. Brussels Privacy Hub, Vol. 4, No. 12, August 2018, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3228369>

LEV-ARETZ, Yafit; STRANDBURG, Katherine J. *Privacy Regulation and Innovation Policy*. Yale Journal of Law and Technology, vol. 22, 2020.

MALDONADO, Viviane Nóbrega et al (coord.). *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Pula Pedigoni. O legítimo interesse e o teste da proporcionalidade: uma proposta interpretativa. *Em Revista InternetLab*. Volume 1, nº 2, 2020.

MPAME, Mario Egbe. *Processing personal data under Art. 6.1.f GDPR: The Concept of Legitimate Interest made easy*. Grin, 2019.

RAMOS, P. H. *Por uma Análise Dogmática da LGPD: O Legítimo Interesse e o Mito das Bases Legais (discussion paper)*. São Paulo, 2020.

6. Cronograma de execução

	2022					2023												
Atividade	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Horas
Projeto																		30h
Revisão e definição de bibliografia																		50h
Pesquisa																		40h
Alinhamento com orientador																		20h
Leitura e fichamento																		100h

Versão preliminar																		30h
Revisão																		30h
Versão intermediária																		40h
Revisão																		30h
Versão final																		30h