

**FGV DIREITO SP**  
**MESTRADO PROFISSIONAL**

**Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais:**  
**Os limites do legítimo interesse e sua aplicação na atividade de *marketing***

Paula Diniz e Carvalho

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

Versão de 11.10.2020

## 1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

O *marketing* como “processo de atração, conversão e retenção de clientes por meio da geração de valor sobre um produto, serviço ou marca<sup>1</sup>” sofrerá os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) na medida em que precisará se valer de uma das dez bases legais<sup>2</sup> trazidas pela referida lei para tratar os dados pessoais de antigos, atuais e potenciais clientes.

Ou seja, atividades como gestão de *Leads*<sup>3</sup>, *Outbound Marketing*, o uso de *cookies*, saída de *Leads*, segmentação automatizada de *Leads*, *E-mail Marketing*, *Landing Pages*, anúncios patrocinados e outras estratégias serão impactadas pela nova lei.

---

1 PEÇANHA, Vitor. O que é Marketing:: tudo o que você precisa saber sobre a arte de conquistar e fidelizar clientes. In: Rockcontent. [S. l.], 23 mar. 2020. Disponível em: <https://rockcontent.com/blog/o-que-e-marketing/#01>. Acesso em: 23 mar. 2020.

2 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;
- 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
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

<sup>3</sup> Conforme Eric Santos, “Lead é uma oportunidade de negócio que forneceu suas informações de contato, como nome e e-mail, em troca de uma oferta da empresa (um conteúdo educativo, por exemplo)”. SANTOS, Eric. O que é Lead e para que serve a gestão de Leads: Um Lead é uma oportunidade de negócio para sua empresa, e uma boa gestão dessas oportunidades é muito importante para alcançar resultados com o Marketing Digital. In: Blog de Marketing Digital de Resultados. [S. l.], 7 jan. 2020. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/blog/leads/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

Enquanto algumas das práticas poderão ser adequadas ao contexto pós Lei Geral de Proteção de Dados, outras poderão ser seriamente comprometidas por ela, como por exemplo, no *Outbound Marketing*, quando a empresa “identifica o perfil de potenciais clientes e começa a abordá-los”<sup>4</sup>. A compra de listas de e-mails de *data brokers*<sup>5</sup> é uma forma de *Outbound Marketing*<sup>6</sup>, que, por exemplo, tem sérios problemas de compatibilidade com a LGPD.

Das dez bases legais disponíveis a atividade de *Marketing*, em regra, poderá se valer apenas de duas no que tange ao tratamento de dados pessoais: o consentimento e o legítimo interesse.

Existe uma forte tendência para que entre o consentimento e o legítimo interesse o primeiro seja o eleito como base legal a respaldar o tratamento de dados pessoais.

Contudo, o consentimento tem se mostrado uma base legal mais complexa do que se espera. A exigência de que haja uma escolha genuína do titular de dados pessoais quando exarado seu consentimento, as formalidades que o revestem e o direito de revogação a qualquer tempo podem transformar o consentimento na mais frágil das bases legais.

O legítimo interesse, mencionado em quatro oportunidades<sup>7</sup> na LGPD é um conceito jurídico indeterminado que recentemente aterrissou no nosso ordenamento jurídico e, em função das indefinições que pairam sobre ele não tem se visto merecedor da confiança daqueles que vêm se preocupando com a aderência à LGPD.

O artigo 10<sup>8</sup> da LGPD estabelece os principais requisitos para que um Controlador se valha dessa base legal para respaldar o tratamento de dados pessoais: interesse do

---

<sup>4</sup> NONES, Fernanda. Lei Geral de Proteção de Dados:: 5 dicas para times de Marketing. In: Blog de Marketing Digital de Resultados. [S. l.], 18 jun. 2020. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/blog/lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados-marketing/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>5</sup> “São entidades que compilam e vendem informações de consumidores na internet.” NONES, Fernanda. Lei Geral de Proteção de Dados:: 5 dicas para times de Marketing. In: Blog de Marketing Digital de Resultados. [S. l.], 18 jun. 2020. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/blog/lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados-marketing/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

<sup>6</sup> Por outro lado, no *Inbound Marketing* a estratégia de prospecção é passiva os clientes são atraídos e não abordados.

<sup>7</sup> No inciso IX do Art. 7º, Art. 10 e Art. 37.

<sup>8</sup> 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.

Controlador, finalidades legítimas, situações concretas, proteção e favorecimento do titular de dados e o respeito às suas expectativas.

Apesar das dificuldades de se desenhar as fronteiras para a utilização dessa base legal a partir de requisitos tão profundos e subjetivos, o legítimo interesse surge como base legal independente do consentimento, com a potencialidade de conferir ao tratamento de dados pessoais contornos mais próximos às exigências do mercado.

Soma-se a isso a forma como a *General Data Protection Regulation* trata o assunto, quando, em seu artigo 6º, alínea f, aduz que “Interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento” e que “poderá considerar-se de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta”

Assim, o que se pretende com o presente trabalho é, por meio da resolução de problema, definir se o legítimo interesse é base legal adequada para respaldar o tratamento de dados pessoais com a finalidade de comercialização de produtos e serviços, com o fim último de se perseguir o lucro, e quais cautelas precisam ser tomadas e quais limites devem ser respeitados para que se atenda aos requisitos impostos na LGPD.

[11] Comentário: Professora, alguma forma de tratarmos da finalidade de “lucro” sem entrar na discussão ético/filosófica sobre se o lucro seria um fim legítimo?

Diante do contexto brasileiro, em que existe Código específico para regular a comercialização de produtos e serviços sob a perspectiva de proteção de consumidor, a Lei 8.078/90 deverá, também, ser considerada na análise sobre a pertinência e adequação do uso da base legal do legítimo interesse no tratamento de dados pessoais na atividade de marketing.

- Para tanto pretende-se: (i) a análise sobre como o tema específico do tratamento de dados pessoais para fins de *Marketing* vem sendo tratado no contexto europeu da *General Data Protection Regulation* e, principalmente, se o legítimo interesse, nesses casos, está atrelado à finalidade de obtenção de lucro (ii) o posicionamento das Autoridades Nacionais europeias sobre o assunto e os requisitos e riscos associados à escolha da base legal do legítimo interesse; (iii) as orientações exaradas pela *European Data Protection Board* (iv) a análise de casos concretos em que se evidencie as bases legais de que as empresas europeias têm se valido para respaldar atividades de *Marketing*; (v) a análise comparativa das tendências do Brasil, inclusive sob a ótica do Código de Defesa

---

§ 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.

do Consumidor, para que, então, se possa: (vi) traçar os requisitos que devem ser respeitados e as cautelas que devem ser adotadas para que se possa fazer o uso da base legal do legítimo interesse para fins de *Marketing* e, enfim, (vii) propor um teste de ponderação (*legitimate interest assessment*) que permita ao Controlador verificar, no caso concreto, se o legítimo interesse é a base que lhe atende naquele caso.

## **2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso**

### **Quesito 01: O legítimo interesse pode justificar o tratamento de dados pessoais com a finalidade de se praticar atividade de *marketing*?**

#### **Fontes e formas de acesso:**

##### **Textos doutrinários**

Teorização sobre as bases legais adequadas para o tratamento de dados pessoais na atividade de *marketing*: consentimento e legítimo interesse e a pertinência, conveniência, limitação e risco trazidos por uma e outra de forma que, ao final da análise, seja possível identificar a mais adequada para a atividade específica de *marketing*, ou, ainda, para cada sub-atividade de *marketing*, caso se conclua que a atividade de *marketing* não pode ser tomada genericamente.

##### **Comitê Gestor da Internet Brasileira (CGI.br)**

Análise de relatórios, pesquisas, seus indicadores e estatísticas, estudos de casos e recomendações de políticas públicas para a garantia de direitos e sustentabilidade no fornecimento e uso da Internet no Brasil.

##### **Lei Geral de Proteção de Dados**

Análise da legislação brasileira para identificação da base legal mais adequada para o tratamento de dados pessoais na atividade de *marketing* e o levantamento das obrigações e possibilidades dos praticantes dessa atividade.

##### **Marco Civil da Internet**

Para além da análise dos direitos do titular de dados pessoais é preciso identificar no Marco Civil da Internet deveres no tratamento de dados *on line* que devem ser observados pelo praticante da atividade de *marketing*.

##### **Código de Defesa do Consumidor**

Para além da análise dos direitos do titular de dados pessoais é necessária a análise dos direitos garantidos a consumidores e potenciais consumidores de produtos e

serviços, para que, a partir de então, se possa propor uma forma de tratamento de dados pessoais na atividade de *marketing* que não deixe em descoberto responsabilidades impostas aos praticantes dessa atividade pelo ordenamento jurídico brasileiro, em sua completude.

### **General Data Protection Regulation**

Análise da forma com que o direito estrangeiro, especificamente o europeu, trata a atividade de *marketing* sob o prisma da privacidade e proteção de dados pessoais, com o enfoque no levantamento das bases legais mais adequadas para o tratamento de dados pessoais com o fim de comercialização de produtos e serviços.

### **European Data Protection Board**

### **International Association of Privacy Professionals**

### **DMA – Data Marketing Association**

### **Análise de casos concretos estrangeiros**

Acesso às orientações, recomendações e decisões que tratem sobre a adequação das bases legais do consentimento e do legítimo interesse e, ainda, sobre qual seria mais adequada, no tratamento de dados pessoais na atividade de *marketing*. E, ainda, a identificação de requisitos para sua utilização.

### **Análise de casos concretos brasileiros (Poder Judiciário, PROCON's, SENACON)**

Pesquisa sobre julgados nacionais que digam respeito à forma (in)adequada de se tratar dados pessoais na atividade de *marketing* ainda que em um contexto anterior à Lei Geral de Proteção de Dados quando haverá a possibilidade da identificação de tendências.

### **Quesito 01.1: Como fazer uso do legítimo interesse para atividade de *marketing* atendendo aos requisitos da LGPD e do CDC?**

#### **Textos doutrinários**

Teorização sobre como tratamento de dados pessoais pode ser realizado na atividade específica de *marketing*, (ou em suas subatividades), os requisitos, as cautelas e salvaguardas necessárias sob a perspectiva da LGPD e do CDC.

#### **Lei Geral de Proteção de Dados**

Análise da legislação brasileira para identificação dos requisitos exigidos para o tratamento de dados pessoais para atividade de *marketing* com fundamento no legítimo interesse.

**[I2] Comentário:** Este subquesito é totalmente dependente da resposta afirmativa do primeiro.

## **Marco Civil da Internet**

Análise dos deveres no tratamento de dados *on line* que devem ser observados pelo praticante da atividade de *marketing* que faz uso da base legal do legítimo interesse.

## **Código de Defesa do Consumidor**

Análise dos direitos garantidos a consumidores e potenciais consumidores de produtos e serviços, para que, a partir de então, se possa propor uma forma de tratamento de dados pessoais na atividade de *marketing* que não deixe em descoberto responsabilidades impostas aos praticantes dessa atividade pelo ordenamento jurídico brasileiro, em sua completude.

## **Análise de casos concretos brasileiros (Poder Judiciário, PROCON's, SENACON)**

Pesquisa sobre julgados nacionais que digam respeito ao tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse, especificamente na atividade de *marketing* ainda que em um contexto anterior à Lei Geral de Proteção de Dados quando haverá a possibilidade da identificação de tendências.

## **3. Sumário**

### **1 A indústria de dados pessoais**

**1.1** Como funcionam as empresas que coletam, vendem e compartilham informações pessoais de potenciais consumidores de produtos e serviços?

**1.1.1** Análise do Relatório de 2014 da *Federal Trade Commission*. *Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*.

**1.2** Desenvolvimento de modelos preditivos de comportamento dos consumidores.

**1.3** A utilização de dados coletados na atividade de *marketing*

**1.4** As (in)compatibilidades do modelo de negócio dos *data brokers* com a LGPD.

### **2 O tratamento de dados pessoais na atividade de marketing para além das *data brokers***

**2.1** Destrinchando o aspecto do tratamento de dados pessoais das atividades de *marketing*.

**2.1.1** Gestão de *Leads*

2.1.2 *Outbound Marketing*

2.1.3 *E-mail Marketing*

2.1.4 Uso de *cookies*

2.1.5 *Landing Pages*

2.1.6 Anúncios patrocinados

### **3 As possibilidades de tratamento de dados pessoais para fins de *marketing* no âmbito da LGPD e do direito comparado**

3.1 O consentimento e suas limitações

3.2 O legítimo interesse como base legal viabilizadora da atividade empresária

3.3 A atividade de *marketing* no âmbito da GDPR

3.3.1 Posicionamento das Autoridades Nacionais europeias

3.3.2 Requisitos e riscos associados à escolha da base legal do legítimo interesse

3.3.3 Orientações exaradas pela *European Data Protection Board*

3.4 Requisitos para utilização do legítimo interesse para o tratamento de dados pessoais na atividade de *marketing* no âmbito da LGPD

3.5 A harmonização das exigências trazidas pela LGPD e os direitos dos consumidores garantidos pela Lei 8.078/1990

### **4 Os direitos fundamentais dos titulares de dados e sua justa expectativa no tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse**

4.1 Teste de ponderação (*legitimate interest assessment*).

4.2 Salvaguardas franqueadas ao titular de dados pessoais.

#### **4. Relevância prática, carácter inovador e potencial de impacto**

O presente trabalho buscará:

- Difundir a adequação e conveniência da utilização do legítimo interesse como base legal para tratamento de dados pessoais para fins de *Marketing*, medida

que se entende favorecedora da livre iniciativa e dos novos negócios, que promove economia e simplificação de rotinas.

- Promover a independência da permissão do titular (o consentimento como base legal de tratamento de dados implica cuidados adicionais de segurança e de coleta e armazenamento e disponibilização de ferramentas que possibilitem, de forma mais fácil, a sua revogação) para a prática de atividades de *Marketing*.
- Propor um teste de ponderação que permita ao Controlador verificar no caso concreto qual dos interesses deve prevalecer, se o do Controlador ou do titular, medindo-se as “presunções práticas de interesse”, as “expectativas razoáveis de cada qual das partes” e os “impactos” daquele tratamento (*legitimate interest assessment*).

#### 4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

No escritório de advocacia de que sou sócia sou responsável pela implementação da Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito do próprio escritório e, também, pela idealização e comercialização do produto de privacidade de dados pessoais que é ofertado aos clientes que desejam se tornar aderentes à LGPD.

Diante dos inúmeros desafios enfrentados nesse trabalho um merece destaque: a preocupação com a atividade de *Marketing* em um contexto de LGPD.

O consentimento tem se mostrado a base legal que mais gera confiança no Controlador, justamente pelo fato de se apresentar como um conceito familiar e, ilusoriamente, simplificado.

Contudo, o que tenho percebido é que o Controlador que se vale, irrefletida e repetidamente, dessa base legal para justificar o tratamento de dados, principalmente para fins de *Marketing*, enfraquece todo o seu programa de privacidade de dados pessoais e engessa as formas de promoção de suas atividades.

Daí surgiu a percepção do legítimo interesse como medida providencial e necessária para justificar ações empreendedoras e inovadoras que exijam o tratamento de dados pessoais.

#### 5. Bibliografia preliminar

BALBONI, Paolo; COOPER, Daniel; IMPERIALI, Rosario; MACENAITE, Milda. Legitimate interest of the data controller new data protection paradigm: legitimacy grounded on appropriate protection. *International Data Privacy Law*, v.3, n.4, 2013.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.



DONEDA, Danilo. A criptografia no direito brasileiro. 1ª Edição. São Paulo Revista dos Tribunais, 2020.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª Edição. São Paulo Revista dos Tribunais, 2019.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Data Brokers. A Call for transparency and accountability. <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>

FERRETI, Frederico. Data protection and the legitimate interests data controllers: much to do about nothing or the winter of rights? *Common Market Law Review*. Inglaterra. v. 51.

MARCEL, Leonardi. Tutela e privacidade na internet. São Paulo, Editora: Saraiva, 2012.

SELINGER, Evan; POLONETSKY, Jules; TENE, Omar. *The handbook of consumer privacy*. Cambridge: Cambridge University Press.

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106 – jul-ago.2016.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade e proteção de dados e defesa do consumidor. São Paulo, Editora: Saraiva, 2014.

USTARAN, Eduardo. *European data protection law and practice*. Portsmouth: IAPP, 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. IV, n.5, p.193, dec.1890.

LIMA, Adriano et al. Lei Geral de Proteção de Dados: Manual de Implementação. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CRUZ, Andresa et al. O legítimo interesse a LGPD. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BELCH, G.E.; M.A Propaganda e promoção: uma perspectiva de comunicação integrada de *marketing*. 7. ed. São Paulo, McGraw-Hill, 2008, p.63.

## 6. Cronograma de execução

Atividade	2020					2021												2022			Horas			
	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3				
Pesquisa de Fontes (doutrina, legislação, orientações, diretivas, resoluções)	20	30																						[50h]
Pesquisa de Jurisprudência brasileira e de Autoridades Nacionais Estrangeiras			30	30																				[60h]
Análise do material colhido						60																		[60h]
Organização dos capítulos e tópicos							30																	[30h]
Escrita dos capítulos e tópicos								30	30	30	30													[120h]
Submissão do trabalho preliminar ao orientador													5											[5h]
Revisão do trabalho													30	30										[60h]
Envio da versão revisada do trabalho														1										[1h]
Ajustes finais															20	20	20							[60h]
Envio da versão aprovada pelo orientador.																		5						[5h]