

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Privacidade e Proteção de Dados: Do Consentimento ao Interesse Legítimo como fundamento para autorizar a criação de perfis comportamentais

Alan Campos Elias Thomaz

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

Versão de 30.09.2019

Orientadores: Prof. Monica Guise Rosina e Prof. Osny da Silva Filho

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

O projeto de pesquisa tem como objetivo analisar o tema de proteção de dados, particularmente quais seriam as bases legais capazes de autorizar o tratamento de dados pessoais em análise de perfis de comportamento.

Conforme exigido pela Lei Geral de Proteção de Dados, a partir de agosto de 2020, cada atividade de tratamento de dados deve ser justificada em uma base legal disponível na LGPD. Assim, justificar o tratamento de dados pessoais para criação de perfis, com a intenção de posteriormente utilizá-los, por exemplo, para fins de prevenção à fraude (i.e., identificar ou confirmar a identidade de pessoas), análise de risco de concessão de crédito, análise de risco na contratação de seguros, ou na oferta de produtos e serviços de forma direcionada ao indivíduo impactado, tem se mostrado cada vez mais um problema diário na realidade das organizações brasileiras. Em muitos casos, para que as operações de negócio sejam eficientes, essas atividades dependem de um intenso e robusto sistema que combina dados pessoais de diversas fontes distintas.

Assim, a obtenção de consentimento prévio e informado como justificativa para autorizar o tratamento de dados pessoais nestes casos tem se mostrado cada vez mais difícil e problemática, seja pela aparente ausência de efetividade de tal consentimento ser capaz de informar o indivíduo sobre qual decisão está tomando ou qual atividade de tratamento está autorizando, seja pela dificuldade prática de sua obtenção, considerando que dados são tipicamente coletados a partir de múltiplas fontes distintas.

Este trabalho tem como objetivo quais são os principais riscos na definição das bases legais que autorizariam, na forma exigida pela LGPD, a utilização dos dados pessoais para as finalidades mencionadas acima, que incluem a criação de perfis comportamentais e de preferência pessoal. Haveria necessidade de obter o consentimento prévio do titular afetado para conduzir essas atividades ou poderia a organização utilizar uma outra base legal? Quais são os riscos envolvidos na definição das bases legais disponíveis na LGPD?

Além disso, justificar a utilização de dados pessoais para outros fins ainda não originalmente esperados, mas que ainda assim legítimos, tem se mostrado um segundo desafio. Poderiam dados pessoais publicamente acessíveis em plataformas online serem utilizados dentro de uma iniciativa privada para outros fins como criação de perfis comporta

O modelo de pesquisa é o exploratório e de resolução de problema.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Os quesitos para abordar o tema acima exposto são os seguintes:

- Introdução à Lei Geral de Proteção de Dados e a atividade de *profiling*
- Quesito 1: Quais as hipóteses legais que autorizam o tratamento de dados pessoais:
 - Consentimento
 - Outras bases legais (necessidade)
 - Políticas públicas
 - Interesse legítimo
 - Proteção ao crédito
- Quesito 2: Principais questões relacionadas a obtenção e gestão do Consentimento
 - Análise dos requisitos de consentimento previstos na LGPD:
 - Consentimento livre
 - Consentimento informado
 - Consentimento específico
 - Consentimento inequívoco;
 - Revogabilidade do consentimento (problema de comprovar e gerir o consentimento)
 - Consentimento informado como ferramenta de exercício de direito individual: a autodeterminação informativa;
 - Como a fadiga do consentimento tem prejudicado a liberdade de consentir e não realizado a autodeterminação informativa? Problema da declaração de vontade e vontade real.
- Quesito 3: Interesse legítimo e proteção ao crédito
 - Análise dos motivos para inclusão de exceções ao consentimento.
 - Principais desafios na avaliação do interesse legítimo, incluindo:
 - Legitimidade
 - Necessidade
 - Balanceamento
 - Proteção ao crédito
 - Utilização de mecanismos específicos para mitigação de riscos (Transparência, controle e direitos dos titulares)
 - Elaboração de Relatório de Impacto à Proteção de Dados

- Quesito 4: Atividade de profiling – Combinação de dados pessoais com outras informações:
 - Problema/necessidade de definição da finalidade
 - Impossibilidade prática de obter o consentimento x inconveniência
 - Problemas da combinação de dados pessoais com bases de dados de terceiros (não disponíveis publicamente):
 - Bureaus de Informação
 - Outras entidades privadas
 - Problema da combinação de dados pessoais com informações publicamente acessíveis:
 - Flexibilização da jurisprudência antes da LGPD
 - Informações que não sejam dados pessoais
 - Dados pessoais publicamente acessíveis na LGPD
 - Dados pessoais manifestamente tornado públicos na LGPD
 - Fatores de mitigação de risco (Transparência, controle e direitos dos titulares).

- Quesito 5 – Análise e considerações de casos práticos de aplicação das bases legais:
 - Prevenção à fraude
 - Análise de risco (crédito e inadimplência)
 - Análise de risco (seguros)
 - Análise do perfil de consumo ou interesse
 - Marketing direcionado
 - Prospecção - Identificação de pessoais naturais com perfil desejado
 - Pesquisa e desenvolvimento

- Quesito 6 – Outras questões relevantes decorrentes da captura de dados em plataformas de terceiros:
 - Quebra de CAPTCHA para coleta de dados;
 - Acesso a ambiente logado;
 - Dano à plataforma pelo acesso recorrente;
 - Violação de termos de uso;
 - Violação de direitos autorais sobre bases de dados;
 - Legitimidade do poder público para dispor de dados pessoais;

- Conclusão

As fontes de pesquisa são artigos e livros nacionais e estrangeiros. Além disso, também será considerada a experiência prática do autor.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

O tratamento de dados pessoais baseado unicamente no consentimento do titular não mais teria o condão de assegurar direitos individuais e também balancear tais direitos com a rápida necessidade de desenvolvimento de novas tecnologias, elemento fundamental para o desenvolvimento econômico do país. Assim, o caráter inovador do trabalho é justamente a

abordagem de outras formas que poderiam autorizar o tratamento de dados pessoais para diversas finalidades recorrentes da atividade empresarial, como aquelas que envolvem a criação de perfis de comportamento e preferência. O trabalho é inovador no sentido de abordar com detalhes qual o caminho que deve ser percorrido para a definição da base legal aplicável em tais atividades de tratamento.

Em um ambiente de alta competitividade, onde obter o consentimento pode ser um entrave regulatório e, na prática, dificultar certas atividades econômicas, é importante determinar qual a extensão de outras bases legais nas quais o consentimento não é o elemento central.

O potencial de impacto do trabalho é justamente identificar os limites e possibilidades de uso de outras bases legais além do consentimento para, nos casos em que houver possibilidade de oferecer produtos e serviços mais direcionados aos interesses dos indivíduos afetados, a partir da análise de seu perfil comportamental, essa atividade possa ocorrer de forma livre, sem a necessidade de obtenção de múltiplos consentimentos específicos.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

O tema do projeto de pesquisa tem sido meu objeto de estudo nos últimos 10 anos e também assunto diário dentro de minha atuação profissional. Nesse período tenho atuado na prática de propriedade intelectual, tecnologia e proteção de dados do escritório Mattos Filho Advogados, assessorando clientes do setor de tecnologia, financeiros, saúde, automotivo, agricultura, telecomunicações, infraestrutura, entre outros, em questões relacionadas a privacidade, proteção de dados e segurança cibernética. A partir dessa experiência profissional, tive a oportunidade de enfrentar os principais temas relacionados a este assunto. Paralelamente, tenho atuado junto as principais associações de classe que se dedicam a estudar os principais temas de privacidade e proteção de dados. Fui recentemente designado como Fellow of Information Privacy (FIP) pela International Association of Privacy Professionals (IAPP). Sendo essa a mais alta certificação dessa associação, ela reconhece anos de experiência prática e teórica sobre o tema de privacidade e proteção de dados. No âmbito acadêmico, ainda na graduação comecei a estudar o tema de privacidade e proteção de dados. Desde então, aprofundei tais estudos na pós-graduação, publiquei artigos nos principais veículos especializados sobre o tema e tenho frequentemente sido convidado para dar aula e palestrar sobre o tema.

5. Bibliografia preliminar

BEM-SHALAR, Omri. SCHENEIDER, Carl E. More than you wanted to know. The failure of mandated disclosure. Princeton University Press. 2018.

BIONI, Bruno. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. Ed. Forense, Rio de Janeiro. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

DETERMANN, Lothar. Determann's Field Guide to Data Privacy Law. International Corporate Compliance. Edward Elgar. Cheltenham, UK. 2017.

FERREIRA, Rafael Feire. Autodeterminação Informativa e a Privacidade na Sociedade da Informação. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2ª Edição. 2018.

ICO. Legitimate interests. Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests/>>. Acesso em: 6 jul. 2019.

MONTEZUMA, Luis Alberto; TAUMAN-BASSIRIAM, Tara. How to avoid consent fatigue. IAPP – International Association of Privacy Professionals. 2019. Disponível em <<https://iapp.org/news/a/how-to-avoid-consent-fatigue/>>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

LEONARDI, Marcel. Tutela e Privacidade na Internet. Editora Saraiva, São Paulo. 2012.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Consentimento Livre, dignidade, e saúde pública: o paciente hipossuficiente. Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea. Renovar, Rio de Janeiro. Páginas 347-377. 2002.

RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. The Pathologies of Digital Consent. Washington, US. 2019.

RODRIGUES. Silvio: Dos Vícios do Consentimento. Editora Saraiva, São Paulo, 3ª Edição, 1989.

SAMPAIO, José Adércio de Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

USTARAN, Eduardo. European Data Protection: Law and Practice. Portsmouth, NH: International Association of Privacy Professionals, 2018.

WESTIN, Alan. Privacy and Freedom. Atheneum. New York, US. 1967.

ZANFIR-FORTUNA, Gabriela. Processing Personal Data on the Basis of Legitimate Interests under the GDPR: Practical Cases. p. 41.

6. Cronograma de execução

Atividade	2019					2020								Horas
	08	09	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	
Revisão e complementação bibliográfica	■													20h
Comunicações com orientadora, ajustes no Projeto de Pesquisa e Entrega do Projeto de Pesquisa	■	■												20h
Leitura de Bibliografia		■	■	■	■									100h
Redação Inicial de Capítulos 1, 2, 3 e 4				■	■	■								180h
Revisão e Reflexão sobre o texto inicial					■	■								20h
Revisão final e entrega de Versão Preliminar do trabalho de conclusão						■								20h
Pesquisa de Bibliografia adicional, conforme sugerido pela orientadora							■							30h
Revisão de trabalho entrega de versão Intermediária do Trabalho de Conclusão								■						40h
Revisão pela orientadora, complementação e ajustes no trabalho e entrega da versão provisória do trabalho de conclusão									■					40h
Seminário de qualificação										■				15h
Revisão pela equipe de qualificação, complementação e ajustes no trabalho e entrega da Entrega de versão final do trabalho de conclusão											■			40h
Banca final												■		15h
Depósito da versão final (eventualmente corrigida do trabalho de conclusão)													■	40h
Total de Horas													Até 580h	