

A BASE LEGAL DO LEGÍTIMO INTERESSE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

THE LEGAL BASIS OF THE LEGITIMATE INTEREST IN THE GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW

JOÃO VITOR MARQUES FERNANDES¹
ADRIANO DA SILVA RIBEIRO²

RESUMO

O artigo objetiva a compreensão das bases legais que fundamentam um tratamento de dados pessoais lícito (art. 7º da LGPD) é fundamental para a continuidade do desenvolvimento econômico e tecnológico do mercado aliada aos direitos e garantias dos indivíduos que utilizam os serviços do mundo digital. Dentre essas bases jurídicas, o Legítimo Interesse (art. 7º, IX) destaca-se pela maior amplitude e subjetividade de seu conteúdo e como uma possível “válvula de escape” para legitimar parte do tratamento de dados que encontrar barreiras na busca por um consentimento válido em meio à grande vulnerabilidade informacional inerente às relações jurídicas digitais. Para o desenvolvimento do artigo, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa teórica e doutrinária nacional e estrangeira, em livros e artigos, no exame dos textos legais. Realizando uma interpretação sistemática da LGPD e analisando as reflexões da doutrina nacional e europeia sobre o tema, conclui-se que o legítimo interesse deve corresponder a um objetivo relevante, atual, concreto, delimitado, condizente com as atividades daquele que busca o tratamento de dados, e que tenha respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, é necessária a realização do chamado Teste de Ponderação, buscando balancear os direitos e interesses do titular dos dados tratados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Grupo de Trabalho do Artigo 29. Controlador de dados. Legítimo interesse. Privacidade contextual.

- 1 Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pelo Instituto Damásio de Direito do IBMEC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assistente Judiciário na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/1957518682037734>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1741-8265>.
- 2 Professor em Estágio Pós-Doutoral no Mestrado em Direito da Universidade FUMEC. Pós-Doutor em Direito e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Editor Assistente e Responsável Técnico na Revista Meritum do PPGD/FUMEC. Associado, Coordenador Adjunto, Editor Chefe dos Periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Integrante do Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO) - Rede Avançada de Pesquisas em Direito - FUMEC, registrado no CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa Diálogos constitucionais e(m) crise de efetividade: análise de institutos de Direito Público e de Direito Privado - FUMEC, registrado no CNPq. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor Orientador no Grupo Educacional IESLA/ESJUS. Professor de Teoria Geral do Estado no IEC/PUCMinas, em parceria com EJEF/TJMG (2013). Assessor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. LATTES iD: <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-6658-3179>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FERNANDES, João Vitor Marques; RIBEIRO, Adriano da Silva. A base legal do legítimo interesse na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 17, n. 1, p. 251, 2022. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v17i1.9079>.

ABSTRACT

The objective of this scientific article is the understanding of the legal basis that support a lawful treatment of personal data (art. 7 of the LGPD) is fundamental for the continuity of the economic and technological development of the market along with the rights and guarantees of individuals who use the services of the digital world. Among these legal basis, Legitimate Interest (art. 7, IX) stands out for the greater breadth and subjectivity of its content and as a possible “escape valve” to legitimize part of the data processing that encounter barriers in the search for valid consent amid the great informational vulnerability inherent in digital legal relations. For the development of the article, the method used will be the deductive one, based on national and foreign theoretical and doctrinal research, in books and articles, in the examination of legal texts. Carrying out a systematic interpretation of the LGPD, and analyzing the reflections of national and European doctrine on the topic, it is concluded that the legitimate interest must correspond to a relevant, current, concrete, delimited objective, consistent with the activities of those seeking data processing, and that is supported by the national legal system. In addition, it is necessary to carry out the so-called Balancing Test, seeking to balance the rights and interests of the data subject.

Keywords: General Law of Personal Data Protection. Article 29 Working Party. Data Controller. Legitimate interest. Contextual privacy.

1. INTRODUÇÃO

Ao analisar o artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei Federal nº 13.709/18), nota-se um rol taxativo de hipóteses nas quais é lícito realizar o tratamento de dados pessoais. Com efeito, da leitura dos 10 incisos deste dispositivo, constata-se uma grande preocupação do legislador com o consentimento do titular, o cumprimento de obrigações legais e contratuais e com interesses públicos e coletivos. Todavia, chama a atenção uma hipótese autorizadora do tratamento de dados que não se encaixa nestes gêneros, qual seja, o inciso IX, estruturado no chamado “legítimo interesse do controlador ou de terceiros” (BRASIL, 2018).

Em breve síntese, trata-se de hipótese na qual estaria autorizado o tratamento de dados pessoais, sem o consentimento de seus titulares, pautado única e exclusivamente em interesses privados do controlador ou até mesmo de terceiros, os quais a lei não define. Da análise do texto legal, salta aos olhos a amplitude do referido conceito normativo. Aquilo que deveria ser apenas uma hipótese dentro de um rol taxativo, na verdade englobaria inúmeras possibilidades para o tratamento de dados, e sequer envolveria a participação do titular dos dados a serem tratados.

Evidentemente, a previsão legal não visa garantir “carta branca” aos controladores, de modo a autorizá-los a tratem os dados de seus usuários como bem entenderem. Tanto é assim que, em seu art. 10, aquela mesma norma busca estabelecer limites para a aplicação do legítimo interesse como fundamento para o tratamento de dados, como a finalidade, a necessidade, a transparência, as expectativas e os direitos e liberdades fundamentais do usuário. Assim, ao autorizar o tratamento de dados com base no legítimo interesse, o legislador, apesar de oferecer uma gama de possibilidades ao controlador, não o autoriza a utilizá-lo indiscriminadamente (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p. 63).

Todavia, o referido dispositivo mostra-se insuficiente para definir o que seria o legítimo interesse ou justificar a dispensa do consentimento dos titulares de dados. Na verdade, apresenta-nos mais alguns conceitos normativos abertos, como “finalidades legítimas” e “legítimas expectativas”, por exemplo.

Portanto, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (BRASIL, 2018) traz o legítimo interesse como “uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais e confere ao controlador uma variedade de hipóteses para que se possa tratar a sua base de dados” (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p. 63). Entretanto, trata-se de uma hipótese excepcional para o tratamento e cujo conteúdo não fora esclarecido por nosso legislador.

Assim, com vistas a diminuir a insegurança jurídica, tanto para titulares quanto para controladores, provocada por um elemento normativo de tamanha amplitude, mostra-se imperioso um estudo visando sua melhor compreensão, buscando não apenas um conceito para o que seria o “legítimo interesse”, mas principalmente as suas bases jurídicas, o seu conteúdo, alcance e aplicabilidade ao tratamento de dados pessoais e à tutela das condutas dos controladores e da privacidade dos titulares dos dados tratados.

Para isso, o presente trabalho propõe-se a analisar possíveis definições para o conteúdo normativo do Legítimo Interesse, bem como ferramentas interpretativas e práticas que poderão viabilizar uma maior segurança jurídica para a sua aplicação no Direito Brasileiro, visando promover tanto a tutela necessária aos dados pessoais dos titulares, quanto as balizas pertinentes à atuação adequada dos controladores de dados pessoais em suas atividades econômicas.

Para o desenvolvimento do artigo, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa teórica e doutrinária nacional e estrangeira, em livros e artigos, no exame dos textos legais.

2. O LEGÍTIMO INTERESSE NO DIREITO EUROPEU

Em virtude da vasta experiência europeia na seara da proteção de dados pessoais, representada, principalmente, pelos 25 anos³ de desenvolvimento de normas nacionais e internacionais, sua doutrina já teve diversas oportunidades de se debruçar sob vários dos institutos aplicáveis a essa tutela. O legítimo interesse foi um deles. Assim, em razão da grande influência que o direito comunitário europeu teve no desenvolvimento da LGPD, inspirada fortemente pelo *General Data Protection Regulation* (GDPR) europeu, analisar como esta base legal para o tratamento de dados vem sendo interpretada e aplicada no Direito estrangeiro é de grande valor para o seu estudo no âmbito do ordenamento brasileiro.

3 Em 1970 foi aprovado na Alemanha o Ato de Proteção de Dados de Hesse (*Hessisches Datenschutzgesetz*), a primeira legislação a regular especificamente a proteção de dados pessoais no mundo. Após a edição deste ato normativo, diversos países europeus seguiram os passos alemães e também editaram suas legislações específicas, como Suécia (1973), Dinamarca, Noruega e França (1978). Diante desta ampla produção legislativa nacional, a comunidade europeia achou por bem editar textos normativos de caráter multinacional. O primeiro deles, produzido ainda em 1980, foram as Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e o Fluxo Transfronteiriço de Informações Pessoais da OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*). No ano seguinte, o Conselho da Europa (atual Conselho da União Europeia), promulgou a Convenção nº 108 para a Proteção dos Indivíduos com Respeito ao Processamento Automático de Dados Pessoais. (SARLET, 2020).

Antes mesmo do advento do GDPR, a Diretiva 95/46/EC (UNIÃO EUROPEIA, 1995) relativa ao processamento de dados pessoais, por meio de seu artigo 29 criou o chamado *Grupo de Proteção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais*, o qual, em razão do dispositivo que o instituiu, ficou comumente conhecido como *Article 29 Working Party*, ou apenas WP29. Composto por vários representantes de membros da União Europeia e de órgãos reguladores, o Grupo teve suas atribuições previstas no artigo seguinte, dentre as quais destaca-se a de “analisar quaisquer questões relativas à aplicação das disposições nacionais tomadas nos termos da presente diretiva, com vista a contribuir para a sua aplicação uniforme”.

Diante disso, em 2014, o Grupo foi instado a se manifestar a respeito do artigo 7º da própria Diretiva 95/46/EC, especificamente sobre a sua alínea ‘ f ’, a qual previa justamente uma hipótese de tratamento de dados baseada no legítimo interesse dos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais:

Artigo 7º. Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efetuado se:

[...]

f) O tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa, protegidos ao abrigo do nº 1 do artigo 1º. (UNIÃO EUROPEIA, 1995)

Esta manifestação se deu por meio do Parecer 06/2014, no qual o Grupo do Artigo 29 analisou a base legal do legítimo interesse prevista na Diretiva 95/46/EC, orientando os aplicadores da norma e fazendo recomendações sobre possíveis melhorias (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Prontamente, reconheceu-se a importância e utilidade do legítimo interesse, o qual, nas circunstâncias corretas e sob salvaguardas adequadas, ajudaria a prevenir uma dependência exagerada das outras bases legais para o tratamento de dados pessoais. Destacou-se, ainda, que o legítimo interesse não deve necessariamente ser usado como último recurso para situações inesperadas nas quais outras bases legais não se apliquem, tampouco ser automaticamente escolhido ou ter seu uso indevidamente estendido sob a falsa percepção de que ele seria menos restrito do que as outras bases⁴.

Dentre as principais contribuições deste parecer para a compreensão e aplicação do legítimo interesse no direito europeu, está a propositura da realização do chamado Teste de Ponderação (*Balancing Test*), por meio do qual se verificaria a licitude da utilização da base legal do legítimo interesse para o tratamento de dados pessoais no caso concreto. Neste teste, os interesses legítimos do controlador (ou de terceiros) devem estar equilibrados em relação aos interesses, direitos fundamentais e liberdades do titular dos dados tratados⁵.

4 “The WP29 recognises the significance and usefulness of the Article 7(f) criterion, which in the right circumstances and subject to adequate safeguards may help prevent over-reliance on other legal grounds. Article 7(f) should not be treated as ‘a last resort’ for rare or unexpected situations where other grounds for legitimate processing are deemed not to apply. However, it should not be automatically chosen, or its use unduly extended on the basis of a perception that it is less constraining than the other grounds.” *In* Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 3).

5 “Article 7(f) calls for a balancing test: the legitimate interests of the controller (or third parties) must be balanced against the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject. The outcome of the balancing test largely determines whether Article 7(f) may be relied upon as a legal ground for processing.” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 23).

Em breve síntese, o Teste de Ponderação para a aplicação da base legal do legítimo interesse deve ocorrer antes do início do tratamento dos dados e enfrentar os seguintes fatores: avaliação do legítimo interesse do controlador; o impacto nas pessoas envolvidas; equilíbrio provisório; e salvaguardas complementares aplicadas pelo controlador para prevenir impacto indevido nas pessoas envolvidas⁶. Como se analisará mais adiante, a necessidade de um teste prévio ao tratamento de dados com base no legítimo interesse também foi concebida pelo legislador brasileiro no art. 10 da LGPD, o qual muito tem o que aproveitar das reflexões e conclusões trazidas pelo WP29 em seu parecer 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Com o advento do GDPR em 2018, as disposições da Diretiva 95/46/EC foram substituídas e o *Article 29 Working Party* deu lugar ao *European Data Protection Board* (EDPB) (UNIÃO EUROPEIA, 2018). Não obstante, o legítimo interesse também veio previsto como base legal para o tratamento de dados no GDPR, especificamente no artigo 6º, 1, 'f'⁷, muito se assemelhando à previsão da Diretiva 95/46/EC:

Artigo 6º. Licitude do tratamento

1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações:

(...)

f) O tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança (UNIÃO EUROPEIA, 2018).

Ao contrário da LGPD, o GDPR possui 173 Considerandos elencados logo no início do Regulamento, os quais buscam esclarecer alguns pontos do texto legal, bem como fornecer orientação e até exemplos práticos para a aplicação de alguns dispositivos. Vários destes Considerandos mencionam a base legal do legítimo interesse⁸, apresentando uma abordagem do instituto as vezes mais profunda do que o próprio dispositivo legal que a prevê.

Da análise destes Considerandos, extraem-se algumas orientações que, como se verá, serão muito bem-vindas na aplicação do legítimo interesse no direito brasileiro, como a de que a existência de uma relação prévia, relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento pode ser um indicativo da presença de interesses legítimos para o tratamento de dados pessoais. Não obstante, o GDPR também alerta para a necessidade de levar em conta as expectativas do titular dos dados tratados considerando o contexto da relação entre ele e o controlador⁹, algo abordado pelo legislador brasileiro no art. 10 da LGPD (BRASIL, 2018).

6 "Member States have developed a number of useful factors to be considered when carrying out the balancing test. These factors are discussed in this Section under the following four main headings: (a) assessing the controller's legitimate interest, (b) impact on the data subjects, (c) provisional balance and (d) additional safeguards applied by the controller to prevent any undue impact on the data subjects." (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 33).

7 O artigo 6º do GDPR trouxe, ainda, uma exceção expressa no que se refere à utilização da base legal do legítimo interesse pela Administração Pública: "O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrônica." Esta vedação inovou em relação às disposições da Diretiva 95/46/EC, e não foi incluída pelo legislador brasileiro na elaboração da LGPD.

8 Abordam, de alguma forma, a aplicação da base legal do legítimo interesse ou a própria noção de legítimo interesse os Considerandos 47, 48, 49, 50, 69, 88, 111 e 113.

9 Trecho do Considerando nº 47: "Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, em situações como aquela em que o titular dos dados

Desse modo, em virtude da inegável influência do Direito Comunitário Europeu na elaboração da LGPD, é impossível ignorar as importantes reflexões trazidas tanto pelos próprios textos legais quanto pela doutrina que se debruçou sobre a matéria. Trata-se de ferramenta indispensável para o adequado desenvolvimento da recente tutela de dados pessoais no Brasil, sobretudo quando se trata de uma base legal ampla, aberta a várias interpretações e aplicável à infinitos casos concretos.

Feitas estas observações, cabe agora abordar o conteúdo jurídico da base legal do legítimo interesse no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, analisando os requisitos para a sua utilização, os ônus a serem enfrentados pelos controladores que optarem por fazer uso dela, bem como a forma pela qual a experiência europeia anteriormente abordada pode e deve auxiliar o aplicador do direito nacional na interpretação do instituto e no preenchimento de lacunas.

3. POSSÍVEL CONCEITUAÇÃO PARA “INTERESSES LEGÍTIMOS”

Na medida em que o legislador não trouxe uma definição para a expressão “interesses legítimos”, cumpre iniciar a interpretação do dispositivo pelo seu sentido literal (LARENZ, 1997, p. 450). Por “interesse” pode-se compreender um objetivo que é importante, útil ou vantajoso para alguém, enquanto “legítimo”, por sua vez, pode ser compreendido como algo fundado ou justificado em lei ou algo que se entende como razoável, justo ou amparado pelo bom senso.

Evidentemente, os sentidos literais, embora de certa presteza, não são suficientes para delimitar de forma razoável o significado da expressão “legítimo interesse”, sendo necessário, para tanto, realizar uma leitura conjunta da base legal do art. 7º, IX com as demais disposições da Lei de Proteção de Dados, bem como analisar de que modo estas palavras vêm sendo interpretadas no direito europeu. Complementa-se, assim, a interpretação literal com outros métodos, como o lógico-sistemático, visando à sua compreensão no contexto amplo do ordenamento; e o teleológico, buscando desvendar o sentido do preceito, tomando em conta a sua finalidade e os seus princípios (MENDES; BRANCO, 2017).

No tocante ao “interesse”, não se deve adotar uma noção tão vaga e imprecisa quanto a literal para aplicação da LGPD, especialmente na medida em que o *caput* do art. 10 comanda que sejam consideradas “situações concretas”¹⁰ quando da aplicação do art. 7º, IX. Neste sentido, bem-vinda é a noção de “interesse” abordada pelo *Article 29 Working Party* no mencionado Parecer 06/2014, segundo a qual é necessário um interesse real e presente; algo que

é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidadosa, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. Os interesses e os direitos fundamentais do titular dos dados podem, em particular, sobrepor-se ao interesse do responsável pelo tratamento, quando que os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional.”

10 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), 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: [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

corresponda a atividades recorrentes ou a benefícios alcançáveis em um futuro próximo, de modo que interesses muito vagos ou especulativos não são suficientes¹¹.

Quanto à noção de “legitimidade”, o *caput* do art. 10 já não se mostra de muita ajuda ao orientar que o tratamento de dados se pautem em “finalidades legítimas”¹², fazendo uso do mesmo vocábulo que se busca interpretar. Além disso, não se deve buscar a sua interpretação com elementos ainda mais genéricos e fluidos, que variam de pessoa para pessoa, como razoabilidade e bom senso. Não obstante, por se tratar de um componente de uma base legal, dentro da qual o tratamento de dados pessoais será considerado lícito, parece mais adequada a ideia de que é legítimo aquilo que é amparado pelo ordenamento jurídico. Mais uma vez socorrendo-nos do Parecer 06/2014 do WP29, verificamos que a noção de “legítimo” por eles adotada fora justamente essa:

Assim, um interesse pode ser considerado como legítimo desde que o controlador possa perseguir este interesse em conformidade com a proteção de dados e outras leis. Em outras palavras, um interesse legítimo deve ser ‘aceitável nos termos da lei’.¹³(UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 25)

Importante destacar que esta leitura não busca a mera “importação” da doutrina europeia para que seja aplicada indiscriminadamente à LGPD, mas, sim, o uso do direito comparado para evolução do Direito pátrio, especialmente na modernidade do mundo globalizado (OLIVEIRA, 2020, p. 66), sendo, por isso, uma ferramenta fundamental para a compreensão e aplicação de um instituto recém-inserido no ordenamento brasileiro.

Neste contexto, por meio de uma interpretação conjunta dos arts. 7º, IX e 10, *caput*, ambos da LGPD, com a integração das reflexões do WP29, é possível conceber que um “interesse legítimo”, para fins de aplicação da base legal, seria um objetivo relevante, atual, concreto, delimitado, condizente com as atividades daquele que busca o tratamento de dados, e que tenha respaldo do ordenamento jurídico pátrio, seja por princípios, leis, jurisprudência, doutrina, ou outras fontes do Direito.

Embora esta breve delimitação possa ser o início da compreensão do conteúdo do “Legítimo Interesse”, ela ainda se mostra insuficiente. Como se verá, há uma série de requisitos a serem observados quando da sua aplicação como base legal para o tratamento de dados pessoais, os quais colaborarão, ainda mais, para o seu adequado entendimento.

11 “An interest must be sufficiently clearly articulated to allow the balancing test to be carried out against the interests and fundamental rights of the data subject. Moreover, the interest at stake must also be ‘pursued by the controller’. This requires a real and present interest, something that corresponds with current activities or benefits that are expected in the very near future. In other words, interests that are too vague or speculative will not be sufficient.” *In* Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 24).

12 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), 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: [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso)

13 “Accordingly, an interest can be considered as legitimate as long as the controller can pursue this interest in a way that is in accordance with data protection and other laws. In other words, a legitimate interest must be ‘acceptable under the law’.” (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 25).

4. INTERESSES DO CONTROLADOR OU DE TERCEIROS

Antes de analisar os requisitos propriamente ditos para a aplicação da base legal do legítimo interesse, cumpre inicialmente esclarecer de quem seriam os interesses que legitimariam o tratamento de dados pessoais e quem deve decidir sobre o enquadramento de determinados objetivos como “interesses legítimos” para fins de tratamento de dados pessoais.

Visivelmente, o legislador foi claro, ao menos neste ponto, ao prever no inciso IX do art. 7º da LGPD que estes interesses são “do controlador ou de terceiro”¹⁴. A figura do Controlador veio definida no glossário do art. 5º da lei como a pessoa “a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”¹⁵. Este sujeito, por sua vez, não se confunde com o mero Operador dos dados, definido como aquele “que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (BRASIL, 2018)¹⁶.

Neste sentido, na medida em que o poder decisório a respeito do tratamento dos dados pessoais que se almeja compete exclusivamente ao controlador, conclui-se que a base legal do legítimo interesse só pode ser utilizada para atender aos interesses do controlador, e não do operador. Ressalta-se que isto não significa que o operador não pode realizar o tratamento de dados pessoais pela base legal do art. 7º, IX da LGPD, mas sim que ele não decidirá quais são os interesses e objetivos perseguidos. “Se o operador pretende manter seu papel inalterado, não poderá decidir sobre o tratamento de dados” (OLIVEIRA, 2020, p. 70). Complementa este raciocínio a previsão do art. 39 da LGPD: “Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria” (BRASIL, 2018).

No que se refere aos interesses de terceiros, aqui compreendidos como aqueles que não realizam qualquer operação de tratamento de dados, novamente a definição do papel do controlador se faz útil. Pelo conceito legal, o responsável pelo enquadramento do tratamento de dados em determinada base legal sempre será o controlador, de modo que ele é quem decidirá se há interesses seus ou de terceiros que justifiquem a ausência do consentimento do titular dos dados tratados (OLIVEIRA, 2020, p. 71).

14 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 7º, 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. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

15 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 5º, VI: controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, **a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais**; (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

16 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), art. 5º, VII: operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que **realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador**; (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

5. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE – TESTE DE PONDERAÇÃO

Como visto, o extinto *Article 29 Working Party*, em seu Parecer 06/2014, concebeu o chamado Teste de Ponderação (*Balancing Test*) para a aplicação do legítimo interesse no tratamento de dados pessoais sem o consentimento do titular. Por meio deste teste, verificar-se-ia, *a priori*, se os requisitos para a utilização desta base legal previstos na Diretiva 95/46/EC estariam preenchidos.

No caso da LGPD, seu art. 10 também traz uma série de requisitos a serem observados, de modo que a realização de um teste de proporcionalidade para verificar o preenchimento dos requisitos deste dispositivo, de forma semelhante à concebida pelo WP29, mostra-se bastante desejável. Assim, para a verificação destes requisitos, e conseqüentemente das etapas de um eventual Teste de Ponderação no âmbito da LGPD, faz-se necessário uma análise mais detida dos elementos normativos que compõe o art. 10 da lei (BRASIL, 2018).

5.1 SITUAÇÃO CONCRETA E FINALIDADE LEGÍTIMA

Retomando a análise da expressão “interesse legítimo” e do seu significado, destacou-se o previsto no *caput* do art. 10 e, com isso, delimitou-se melhor o alcance dos vocábulos “interesse” e “legítimo”.

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para **finalidades legítimas**, consideradas a partir de **situações concretas** [...] (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Assim, os interesses perseguidos quando do tratamento de dados pessoais com base no art. 7º, IX, devem estar claramente articulados e definidos, justamente para que este dispositivo não seja usado como um “cheque em branco” para fundamentar todo e qualquer tratamento de dados feito pelo controlador na ausência de uma base legal adequada. Deve-se observar se há uma situação concreta que justifique o tratamento de dados pretendido, de modo que quanto mais determinada e estruturada ela estiver, mais fácil será de analisar e fundamentar o legítimo interesse em questão (BIONI, 2021, p. 165).

Uma vez identificado com clareza qual o interesse do controlador com o tratamento de dados pessoais, deve-se analisar se há uma *finalidade legítima* por trás da operação pretendida. Conforme já destacado, a noção de *legitimidade* aqui parece estar bastante atrelada à licitude do objetivo, de modo que a intenção do controlador com o tratamento de dados deve estar em consonância com o ordenamento jurídico¹⁷. Evidentemente, as próprias atividades desenvolvidas pelo controlador podem e devem servir de parâmetro para a aferição destes requisitos, uma vez que o inciso I do art. 10 coloca o “apoio e promoção de atividades do controlador” como um exemplo de finalidade legítima (BRASIL, 2018).

17 Cite-se como exemplo de finalidades ilegais o tratamento de dados para fins de interceptação de comunicações sem autorização judicial (art. 5º, XII da Constituição da República); o tratamento de dados para a celebração de contrato cujo objeto seja a herança de pessoa viva (art. 426 do Código Civil); o tratamento de dados de menores de 16 anos para fins de celebração de contrato de trabalho (art. 5º, XXI da Constituição da República); o tratamento de dados pelo provedor de internet para armazenar os registros de acesso do usuário (art. 14 do Marco Civil da Internet).

Não obstante, não se descarta a possibilidade de finalidades que, embora lícitas, por circunstâncias do caso concreto sejam, em verdade, ilegítimas. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de desvio de finalidade por violação das expectativas do titular. Portanto, a finalidade perseguida pelo controlador poderia tornar ilícito o tratamento de dados em dois casos: havendo finalidades ilegais, proibidas pelo ordenamento; e havendo finalidades que, embora legais, autorizadas pelo ordenamento, violam as expectativas do titular, caracterizando, assim, desvio de finalidade.

Em ambos os casos, há ilicitude no tratamento de dados: no primeiro por ilegalidade das finalidades; e no segundo por desvio de finalidade. Todavia, salienta-se que, neste último caso, a finalidade em si não seria ilegal, mas sim ilegítima por violar as expectativas do titular, tornando o tratamento de dados com base nela ilícito, conforme será melhor analisado a seguir.

5.2 LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DO TITULAR

O inciso II do art. 10 talvez seja o principal, mas também o mais complexo, requisito para a aplicação do legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais. Esta etapa do Teste de Ponderação seria aquela em que, de fato, são confrontados os interesses do controlador e dos terceiros envolvidos com os interesses e direitos do titular dos dados tratados.

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:

[...]

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. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

A primeira parte do dispositivo faz menção a situações que digam respeito à “proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem”. Primeiramente, portanto, o tratamento em questão deve levar em conta os direitos e garantias do titular, sobretudo aqueles diretamente relacionados à proteção de seus dados pessoais, como os direitos de personalidade e de privacidade, sejam eles decorrentes de lei ou de contratos firmados com o controlador ou com terceiros. Não por acaso, a parte final do inciso IX do art. 7º ressalta que o legítimo interesse pode ser utilizado como base legal para o tratamento de dados, “exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais” (BRASIL, 2018).

Além disso, o dispositivo contempla situações em que o tratamento de dados é capaz de melhorar a própria prestação de serviços feita ao titular dos dados a serem tratados. Neste caso, todavia, há um ponto de indispensável atenção para que o legítimo interesse possa ser aplicado: as chamadas *legítimas expectativas* do titular. Assim, ganha uma posição de destaque na aplicação do legítimo interesse aquilo que titular de fato espera, ou ao menos imagina, que possa ser feito com seus dados. Aqui está o ponto de maior complexidade desta base legal, mas que também pode ser de grande ajuda na sua compreensão.

Quando se pensa nas expectativas do titular, parece razoável que o parâmetro a ser utilizado seja a “expectativa do chamado homem médio, ou seja, o que se admite como sendo o pensamento prevalecente dentro de determinada coletividade” (OLIVEIRA, 2020, p. 93). Neste sentido, para que exista qualquer expectativa por parte do indivíduo, é necessário que haja algum tipo de relação jurídica preexistente, da qual possa se extrair alguma expectativa em relação ao tratamento de dados pessoais¹⁸. É improvável imaginar que o titular tenha qualquer expectativa relacionada a um terceiro com quem ele não estabeleceu nenhum vínculo anteriormente. Desta forma, a primeira coisa a se verificar quando da análise das legítimas expectativas do titular é a existência de uma relação jurídica prévia entre ele e o controlador, ou entre ele e um terceiro interessado no tratamento de dados.

Superada esta etapa, deve-se agora verificar qual é a abrangência das expectativas geradas por determinada relação jurídica, ou seja, o que, de fato, o titular pode esperar do vínculo já estabelecido no que diz respeito ao tratamento de seus dados pessoais. Como dito, é necessário verificar a relação jurídica prévia geradora de expectativas que, neste caso, digam respeito ao tratamento de dados pessoais. Naturalmente, imagina-se que, para que certo vínculo gere este tipo de expectativa, é necessário que a coleta e/ou um tratamento inicial de dados pessoais seja um componente relevante para as partes.

Assim, a segunda conclusão sobre o respeito às “legítimas expectativas” do titular é de que, para que a base legal do legítimo interesse seja aplicada, é necessário que já exista um tratamento de dados fundamentado em outra base legal, como o consentimento, por exemplo. Deste modo, ao se propor a realizar um tratamento distinto daquele que originou a coleta dos dados em questão sem que seja necessário coletar uma nova manifestação de vontade, o controlador deve demonstrar que o novo uso atribuído ao dado está dentro das *legítimas expectativas* do titular, devendo existir compatibilidade entre o uso adicional e aquele que originou a relação jurídica prévia (BIONI, 2020, p. 166).

Em outra de suas manifestações, o *Article 29 Working Party* teceu esclarecimentos sobre o chamado *Principle of Purpose Limitation*, ou princípio da limitação do propósito/finalidade¹⁹, em tradução livre, no Parecer nº 03/2013, cujas reflexões também são muito bem-vindas quando tratamos da legítima expectativa dos titulares de dados pessoais (UNIÃO EUROPEIA, 2013). De acordo com o WP29, o *purpose limitation* possui dois elementos principais: dados pessoais devem ser coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas; e não devem ser tratados para além ou de forma incompatível com essas finalidades²⁰. Foi exatamente esta concepção, embora com nomenclatura ligeiramente distinta, a adotada para a definição do princípio da finalidade do tratamento de dados pessoais, trazido pelo legislador no art. 6º, I da LGPD:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

18 Trecho do Considerando nº 47 do GDPR: “Poderá haver um interesse legítimo, por exemplo, quando **existir uma relação relevante e apropriada entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento**, em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento.”

19 Neste contexto, a palavra *purpose*, que em tradução direta significa “propósito”, também pode ser compreendida como “finalidade” no âmbito da proteção de dados pessoais.

20 “Purpose limitation protects data subjects by setting limits on how data controllers are able to use their data while also offering some degree of flexibility for data controllers. The concept of purpose limitation has two main building blocks: personal data must be collected for ‘specified, explicit and legitimate’ purposes (purpose specification) and not be ‘further processed in a way incompatible’ with those purposes (compatible use).” *In Opinion 03/2013 on Purpose Limitation* (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 3).

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (BRASIL, 2018)

Ou seja, nos termos da própria lei brasileira, a ideia de *finalidade* para o tratamento de dados pessoais já engloba a ideia do *Purpose Limitation*, o qual é de fundamental importância para estabelecer quais são as expectativas do titular em relação ao que pode ser feito com dados pessoais por ele fornecidos. Neste sentido, Bruno R. Bioni aponta para a necessidade de uma análise *contextual* da relação jurídica existente para verificar se o uso secundário atribuído aos dados por meio do legítimo interesse seria esperado pelo titular (BIONI, 2020, p. 237). Quanto mais bem definidas são as finalidades e os objetivos do tratamento de dados oriundo do vínculo prévio com o titular, ou seja, quanto mais evidente é o *Purpose Limitation*, mais bem fundamentado poderão ser os tratamentos subsequentes baseados no legítimo interesse. Estando bem definido o contexto de tratamento de dados em que o titular está inserido, mais claras são as suas expectativas quanto a esse tratamento.

Portanto, para proporcionar maior segurança aos controladores e tornar a base legal do legítimo interesse um pouco menos imprevisível, mostra-se de grande utilidade o uso da noção da *Privacidade Contextual* (abordada ao final deste trabalho) para analisar quais realmente devem ser as expectativas de um indivíduo dentro de uma relação jurídica que envolve o tratamento dos seus dados pessoais. A compreensão adequada do contexto no qual o indivíduo se encontra calibra de forma mais precisa as suas expectativas e supre a necessidade de o controlador coletar um novo consentimento sempre que um tratamento de dados suplementar se fizer necessário para o correto desenvolvimento de suas atividades e adequada manutenção da relação jurídica que envolva o titular.

5.3 NECESSIDADE ESTRITA

A próxima etapa do Teste de Ponderação para a utilização da base do legítimo interesse é verificar se os dados a serem tratados para alcançar a finalidade pretendida são apenas aqueles estritamente necessários. É o que prevê o §1º do art. 10 da LGPD:

Art. 10. [...]

§ 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, **somente os dados pessoais estritamente necessários** para a finalidade pretendida poderão ser tratados. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Neste sentido, o teste da necessidade estrita busca verificar se seria possível atingir o mesmo resultado por meio de uma quantidade menor de dados, ou até mesmo por meio de outras bases legais (OLIVEIRA, p. 167)²¹. Caso a conclusão seja positiva, a fundamentação do tratamento no legítimo interesse será descabida, uma vez que sempre deve ser adotado o método menos intrusivo e que provoque os menores impactos possíveis ao titular (BIONI, 2020, p. 165). Cumpre, portanto, ao controlador demonstrar como o tratamento de cada dado pessoal se conecta à finalidade que justificou o uso do legítimo interesse e porque aqueles dados específicos são necessários para atingir seu objetivo (FONSECA, 2021, p. 103).

21 Sem dúvidas, um dos grandes desafios a ser enfrentado pelos Controladores é demonstrar quando a base do legítimo interesse mostra-se mais adequada que a base do consentimento. Há autores que defendem a ideia de que, em caso de divergência entre o controlador e o titular dos dados, seria necessário avaliar e entender a pertinência do dado pessoal para se alcançar a finalidade pretendida. (OLIVEIRA, 2020, p. 94)

5.4 TRANSPARÊNCIA E SALVAGUARDAS

Por fim, ao fundamentar o tratamento de dados pessoais no legítimo interesse, o controlador deve ser mais transparente possível em suas atividades. Para melhor compreensão, transcreve-se o art. 10 e seus segundo e terceiro parágrafos:

Art. 10 (...)

§ 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. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Embora o legítimo interesse permita o tratamento de dados sem o consentimento de seu titular, isto não implica na completa remoção do controle deste em relação aos seus dados, sob pena de prejuízo à autodeterminação informativa que orienta a proteção de dados pessoais. Assim, o dever de transparência no tratamento de dados com base no legítimo interesse busca proporcionar ao titular dos dados, não apenas o conhecimento sobre como e porque seus dados estão sendo tratados, mas também o poder de tomada de decisão para se opor à atividade de tratamento (*opt-out*) quando julgar que ela se encontra fora de suas expectativas (BIONI, 2020, p. 238).

Além disso, a LGPD também ordena que, ao fazer uso da base do legítimo interesse, sejam adotadas ações que diminuam possíveis impactos negativos aos direitos do titular. São as chamadas *salvaguardas* para minimizar os riscos e danos²² aos quais os titulares estariam expostos em virtude do tratamento de dados com base no legítimo interesse. Nada obstante, o *Article 29 Working Party* argumentou que a noção de “impactos” aqui estabelecida não é apenas negativa, mas engloba todas as formas pelas quais um indivíduo pode ser atingido.

O Grupo enfatiza que é crucial entender que ‘impacto’ é um conceito muito mais amplo que danos ou prejuízos a um ou mais titulares de dados. ‘Impacto’, como usado neste Parecer, abarca qualquer consequência possível (potencial ou atual) do tratamento de dados. Para sermos mais claros, também enfatizamos que este conceito não é relacionado à noção de vazamento de dados e é muito mais amplo do que os impactos que podem resultar especificamente de um vazamento. Na verdade, a noção de ‘impacto’, como usada aqui, abrange as variadas formas pelas quais um indivíduo pode ser afetado – positiva ou negativamente – pelo tratamento de seus dados pessoais. (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 37)²³

22 Destaca-se que potenciais danos morais (*emotional impacts*) não devem ser ignorados na análise dos riscos envolvidos: “In addition to adverse outcomes that can be specifically foreseen, broader emotional impacts also need to be taken into account, such as the irritation, fear and distress that may result from a data subject losing control over personal information, or realising that it has been or may be misused or compromised, – for example through exposure on the internet” In Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 37).

23 “The Working Party emphasises that it is crucial to understand that relevant ‘impact’ is a much broader concept than harm or damage to one or more specific data subjects. ‘Impact’ as used in this Opinion covers any possible (potential or actual) consequences of the data processing. For the sake of clarity, we also emphasise that the concept is unrelated to the notion of data breach and is much broader than impacts that may result from a data breach. Instead, the notion of impact, as used here, encompasses the various ways in which an individual may be affected - positively or negatively - by the processing of his or her personal data.” In Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 37).

Como exemplos de medidas que podem ser adotadas para minimizar os impactos à proteção de dados pessoais, o WP29 cita o chamado *functional separation of data*, um processo equivalente à anonimização na LGPD, no qual o valor informacional dos dados é separado da identidade de seus titulares; e a adoção de técnicas de criptografia quando da realização das operações de tratamento (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 52).

6. O DIREITO DE OPOSIÇÃO AO TRATAMENTO DE DADOS – *OPT OUT*

Há, ainda, mais um aspecto relevante no tratamento de dados pessoais, sobretudo naquele realizado com base no legítimo interesse. O chamado Direito de Oposição (*opt-out*) ao tratamento de dados pessoais recebeu abordagens diferentes no GDPR e na LGPD, o que pode influenciar, e muito, nas formas pelas quais os titulares exercem controle sob suas informações.

O direito de opor-se ao tratamento de dados pessoais, embora semelhante, não se confunde com a hipótese de revogação do consentimento anteriormente manifestado²⁴. Este direito seria, na verdade, uma forma de o titular recusar o tratamento de dados fundamentado nas outras 9 bases legais do art. 7º, e está previsto especificamente no §2º do art. 18 da LGPD:

Art. 18. [...]

§ 2º 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. (BRASIL, 2018)

Ao contrário da revogação do consentimento, que seria um direito potestativo (ROSENVALD, *et al.*, 2020, p. 493)²⁵ dos titulares, podendo ser exercido a qualquer momento, o Direito de Oposição na LGPD apresenta uma condicionante para o seu exercício, qual seja, o descumprimento de disposições da própria lei, vide parte final do dispositivo supra. Esta limitação à oposição, por parte do titular, ao tratamento de seus dados pessoais merece certas críticas, principalmente quando confrontada com o Direito de Oposição previsto no artigo 21 (1) do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (GDPR):

24 Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18), Art. 8º. [...]

§ 5º O **consentimento pode ser revogado a qualquer momento** mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, **revogá-lo** caso discorde da alteração.

Art. 9º. [...]

§ 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, **podendo o titular revogar o consentimento**, caso discorde das alterações. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

25 Para Nelson Rosenvald (*et al.*), direito potestativo pode ser compreendido como "poderes jurídicos que, por um ato de livre vontade, produzem efeitos jurídicos sobre a contraparte. Uma das partes encontra-se em posição de poder – *potestade* – e a outra, em estado de submissão. Aquele que se encontra no *status* de dominação poderá unilateralmente alterar a situação do outro, de *per sí* ou judicialmente, sem que ele possa a insto se opor. Portanto, se A deseja anular um negócio jurídico ou resolver um contrato, B não poderá evitar o exercício do direito potestativo". (ROSENVALD, 2020, p. 493).

Artigo 21º. Direito de oposição

1.O titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6º, nº 1, alínea e) ou f), ou no artigo 6º, nº 4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Nota-se que, no GDPR, o Direito de Oposição do titular pode ser exercido “por motivos relacionados com a sua situação particular”, e só encontrará obstáculos justamente nas situações em que o controlador demonstre “razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular”. Em outras palavras, no Direito Europeu, apenas nas situações em que interesses legítimos dos controladores são perseguidos com o tratamento de dados é que o Direito de Oposição do titular poderá ser limitado. Assim, após a manifestação da oposição pelo titular, o controlador já não poderia realizar o tratamento dos dados, a menos que consiga demonstrar que existem motivos que devam prevalecer sobre os direitos e as liberdades do titular ou que precise dos dados para a declaração, o exercício ou a defesa de um direito num processo judicial (UNIÃO EUROPEIA, 2021).

No caso da lei brasileira, uma discrepância entre os alcances do direito de oposição e da revogação do consentimento acabaria por ensejar uma assimetria normativa entre a base legal do consentimento e as demais. Ocorre que inexistente, no âmbito da LGPD, qualquer hierarquia entre as bases legais, havendo apenas uma maior adequação para cada uma delas em determinadas situações, devendo-se, por isso, realizar uma interpretação destas bases que busque equiparar-las para fins de legitimação do tratamento de dados pessoais (BIONI, 2020, p. 248).

Vale destacar que, como trabalhado anteriormente, dentro do Teste de Ponderação, é necessário realizar o balanceamento entre os interesses do controlador ou de terceiros e as legítimas expectativas do indivíduo. Estas, embora possam ser objetivamente analisadas a partir de uma relação jurídica preexistente, não deixam de possuir certa conotação subjetiva, vinculada ao que o titular deseja e espera que seja feito com seus dados (BIONI, 2020, p. 248).

Além disso, a última etapa do teste é justamente a implementação de ferramentas que proporcionem a transparência da atividade de tratamento de dados e salvaguardas que minimizem eventuais riscos advindos dela. Haveria, portanto, uma situação paradoxal caso, uma vez manifestada a oposição do titular em relação ao tratamento de seus dados, a fundamentação da atividade no legítimo interesse permanecesse lícita, conforme argumenta Bruno Bioni:

Em poucas palavras, se na medida em que é dada transparência acerca do tratamento de dados com base no legítimo interesse e o titular a ele se opõe, caso o agente de tratamento de dados não o acate, estará violando uma das normas da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Trata-se de uma interpretação sistemática entre os arts. 10, II e §2º, combinado com o art. 18, §2º. (BIONI, 2020, p. 248)

Registre-se que o *Article 29 Working Party* destacou que, em situações complexas, nas quais o balanceamento é difícil de se demonstrar ou até mesmo de se atingir, mecanismos bem desenvolvidos para o exercício do Direito de Oposição podem ser de grande importância

para proteger os direitos e interesses dos titulares. Neste sentido, quanto mais transparentes, acessíveis e abrangentes forem os mecanismos de *opt-out*, mais eles contribuirão a favor do processamento de dados com base no legítimo interesse²⁶.

Evidentemente, não se ignora, aqui, a possibilidade do exercício abusivo do direito de oposição no âmbito da cláusula geral do abuso de direito do art. 187²⁷ do Código Civil (BRASIL, 2002). Ao mesmo tempo em que o controlador tem o dever de observar todos os requisitos analisados no Teste de Ponderação, não caberia também ao titular impedir, desarrazoadamente, que determinadas atividades tidas como essenciais pelo controlador e pelos terceiros interessados sejam devidamente exercidas.

7. A PRIVACIDADE CONTEXTUAL NA APLICAÇÃO DO LEGÍTIMO INTERESSE

Por último, acredita-se ser importante tecer breves esclarecimentos sobre a análise contextual da privacidade e como ela seria um importantíssimo vetor hermenêutico na aplicação da base legal do legítimo interesse no tratamento de dados pessoais.

Desenvolvida por Helen Nissenbaum²⁸, ex-Diretora do *Information Law Institute* da Universidade de Nova Iorque e atual Professora do *Cornell Tech* e Diretora do *Digital Life Initiative*²⁹, a ideia da Privacidade Contextual apresenta-se como uma importante ferramenta para enfrentar as limitações do consentimento do titular em relação ao tratamento de seus dados pessoais. O Legítimo Interesse apresenta-se, no âmbito da proteção de dados, justamente como um contraponto ao consentimento, com vistas a permitir a continuidade de inovações na área da tecnologia informacional. Assim, acredita-se que os institutos da Privacidade Contextual e do Legítimo Interesse podem se complementar na tutela dos dados pessoais.

Uma importante premissa a ser estabelecida para a compreensão da ideia de privacidade contextual é a de que os indivíduos, ao se relacionarem uns com os outros, seja cotidiana, profissional ou até amorosamente, desenvolvem e compreendem que cada uma destas relações possui abrangências diferentes e inserem-se em contextos diferentes. Aplicando esta premissa à tutela dos dados pessoais, nota-se que os distintos contextos de cada uma destas

26 "Indeed, and especially in borderline cases where the balance is difficult to strike, a well-designed and workable mechanism for opt-out, while not necessarily providing data subjects with all the elements that would satisfy a valid consent under Article 7(a), could play an important role in safeguarding the rights and interests of the data subjects. [...]"

The more widely applicable the mechanism for opt-out and the more easy it is to exercise it, the more it will contribute to tipping the balance in favour of the processing to find a legal ground in Article 7(f)." *In Opinion 06/2014 (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 45).*

27 Lei Federal nº 10.406/2002 (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. (BRASIL, 2002)

28 Disponível em: https://nissenbaum.tech.cornell.edu/main_cv.html. Acesso em 25 fev. 2021.

29 "Embedded within the progressive teaching mission of Cornell Tech on Roosevelt Island, the Digital Life Initiative (DLI) was launched in 2017 to analyze the societal tensions arising from existing and emergent digital technologies. Inspired by the core values of justice, democracy, privacy, responsibility, security, and freedom, we support collaborative research projects that explore ethics, policy, politics and quality of life within prevailing socio-technical systems. See below to gain greater insight into the breadth of our research, our visiting fellowships and postdoctoral opportunities, our weekly Digital Life seminar series, and the unique collective of scholars, practitioners and innovators that constitute the DLI Team." Disponível em: <https://www.dli.tech.cornell.edu/> Acesso em 25 fev. 2021.

relações pessoais podem implicar em diferentes fluxos informacionais a respeito dos indivíduos envolvidos.

Compare-se, por exemplo, a relação que um indivíduo estabelece com seu médico (médico-paciente), e aquela estabelecida entre ele e seu empregador (empregado-empregador). Naturalmente, a primeira envolve um determinado fluxo informacional entre os envolvidos (estado de saúde, histórico familiar de doenças, uso de medicamentos) que em nada se relaciona à segunda, que por sua vez possui outro fluxo informacional próprio (rendimentos mensais, atribuições profissionais, histórico de advertências). Nota-se, portanto, que cada uma destas relações apresenta certos graus de adequação para o fluxo de determinada informação.

Não seria razoável que um médico tivesse acesso ao desempenho de seu paciente na escola ou faculdade; ou que um empregador saiba das confidências amorosas de seu empregado. Assim, um dos elementos para analisar determinado contexto informacional é aquilo que a autora chama de *Norms of Appropriateness*, ou seja, a ideia de que em cada contexto relacional existem informações que são apropriadas para serem reveladas e tratadas pelos envolvidos, de modo que, em determinados contextos, há informações que os indivíduos podem e até devem revelar³⁰ (NISSENBAUM, 2004, p. 138).

Da mesma forma, não parece adequado que as informações contidas em determinado contexto social sejam compartilhadas com outro totalmente alheio, por exemplo um médico compartilhar o histórico de doenças de seu paciente com o empregador deste. Aqui, evidencia-se outro elemento da privacidade contextual, as *Norms of Distribution of Information*, segundo as quais não basta apenas que se determine quais informações são adequadas para cada contexto, pois também é fundamental que a distribuição delas respeite as normas contextuais de fluxo informacional³¹ (NISSENBAUM, 2004, p. 140-141). Neste sentido, Nissenbaum argumenta que a maior preocupação das pessoas quando se fala em proteção da sua privacidade, não seria simplesmente controlar as informações sobre elas mesmas ou restringir o seu fluxo, mas sim que este fluxo ocorra de maneira correta e adequada³² (NISSENBAUM, 2010, pp. 1-2).

A perspectiva contextual da privacidade permite verificar que em cada contexto social os indivíduos possuem diferentes expectativas com relação ao tratamento de seus dados pessoais e como eles devem fluir (BIONI, 2020, p. 201). Fundamental, portanto, fazer uso da noção de Privacidade Contextual na análise das Legítimas Expectativas do titular (art. 10, II, da LGPD) para o uso da base legal do legítimo interesse, pois elas sempre estarão relacionadas ao contexto em que o titular se insere e à integridade do fluxo informacional que ele espera.

Mais uma vez, a inteligência do *Article 29 Working Party* se faz de grande auxílio na interpretação dos institutos da proteção de dados. Destaca-se a importância do contexto especí-

30 "As the label suggests, norms of appropriateness dictate what information about persons is appropriate, or fitting, to reveal in a particular context. Generally, these norms circumscribe the type or nature of information about various individuals that, within a given context, is allowable, expected, or even demanded to be revealed." (NISSENBAUM, 2004, p. 138).

31 "In addition to appropriateness, another set of norms govern what I will call flow or distribution of information – movement, or transfer of information from one party to another or others. (...) What matters is not only whether information is appropriate or inappropriate for a given context, but whether its distribution, or flow, respects contextual norms of information flow." (NISSENBAUM, 2004, p. 140-141).

32 "Many of them argue that protecting privacy means strictly limiting access to personal information or assuring people's right to control information about themselves. I disagree. What people care most about is not simply *restricting* the flow of information but ensuring that it flows *appropriately*, and an account of appropriate flow is given here through the framework of contextual integrity." (NISSENBAUM, 2010, pp. 1-2).

fico no qual os dados tratados são coletados e as expectativas razoáveis do titular em relação ao uso destes dados baseado naquele contexto. “Em outras palavras, o problema aqui é o que uma pessoa razoável na mesma situação do titular dos dados esperaria do uso destes com base no contexto da coleta”³³. Assim, não deve ser outra a conclusão que não a de Bruno Bioni:

A combinação entre legítimo interesse e privacidade contextual confirma a tese de que autodeterminação informacional vai além do consentimento. O cidadão também exerce domínio sobre seus dados, se estes forem tratados de forma previsível de acordo com suas legítimas expectativas. (BIONI, 2020, p. 255)

Logo, a análise dos contextos das relações entre os indivíduos representa uma importante ferramenta na aplicação do legítimo interesse enquanto base legal do tratamento de dados pessoais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com a proteção de dados pessoais tem ganhado cada vez mais espaço no mundo contemporâneo. Não apenas os titulares de dados devem defender seu direito à plena autodeterminação informativa, como os controladores devem buscar formas adequadas de realizarem suas atividades, adequando-se às novas exigências do mundo digital normatizado.

Entre as várias disposições da LGPD, são fundamentais as dez bases legais taxativamente previstas no art. 7º, dentro das quais o tratamento de dados pessoais por terceiros é lícito e, a princípio, respeita os direitos de seus titulares. Entre elas, o *legítimo interesse* se destaca, principalmente pela sua ampla subjetividade, pela insegurança jurídica de seu conteúdo e pelos riscos de abuso por parte dos controladores de dados. Imagina-se, justamente em razão desta amplitude, que ele possa servir como uma “válvula de escape” para legitimar grande parte do tratamento de dados pessoais que encontrem barreiras na busca por um consentimento válido em meio à grande vulnerabilidade informacional inerente às relações jurídicas digitais.

Por meio de uma interpretação conjunta dos arts. 7º, IX e 10, *caput*, da LGPD, e da integração das reflexões da doutrina europeia, conclui-se que um “interesse legítimo”, para fins de aplicação da base legal, seria um objetivo relevante, atual, concreto, delimitado, condizente com as atividades daquele que busca o tratamento de dados, e que tenha respaldo do ordenamento jurídico pátrio, seja por princípios, leis, jurisprudência, doutrina, ou outras fontes do Direito. Além disso, na medida em que o poder decisório a respeito do tratamento dos dados pessoais que se almeja compete exclusivamente ao controlador, será sempre ele o definidor de quais interesses estarão fundamentando as operações de tratamento de dados, sejam estes interesses seus ou de terceiros.

Diante desta definição, uma vez identificado qual o objetivo perseguido pelo controlador ou por terceiros com o tratamento de dados, deve-se proceder com o Teste de Ponderação, bus-

33 “The second factor focuses on the specific context in which the data were collected and the reasonable expectations of the data subjects as to their further use based on that context. In other words, the issue here is what a reasonable person in the data subject’s situation would expect his or her data to be used for based on the context of the collection.” *In* Opinion 03/2013 (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 24).

cando balancear os direitos e interesses do titular nesta operação. É necessário relacionar este interesse a uma situação clara, concreta e definida, e a uma finalidade legítima, ou seja, lícita e relacionada às atividades do controlador. Outrossim, deve-se verificar se somente os dados estritamente necessários para o alcance do objetivo final estão sendo tratados, sempre levando em conta os direitos e garantias do titular, sejam eles decorrentes de lei ou de contratos.

Ademais, é preciso demonstrar que o tratamento de dados pretendido está dentro das legítimas expectativas do titular, as quais devem decorrer de uma relação jurídica prévia, entre ele e o controlador ou terceiros. Deste modo, dados pessoais devem ser coletados para finalidades específicas, explícitas e legítimas e não devem ser tratados para além ou de forma incompatível com essas finalidades.

Neste sentido, faz-se importante a utilização do conceito de Privacidade Contextual para analisar as expectativas razoáveis do titular em relação ao uso de seus dados baseado naquela determinada relação jurídica. A compreensão adequada do contexto no qual o indivíduo se encontra calibra de forma mais precisa as suas expectativas e supre a necessidade de o controlador coletar um novo consentimento sempre que um tratamento de dados suplementar se fizer necessário. Com isso, permite-se o correto desenvolvimento das atividades do controlador e dos terceiros envolvidos e a adequada manutenção da relação jurídica entre eles e o titular dos dados, sem burocracias desnecessárias.

Por fim, aqueles que se propõem a fazer uso da base legal do legítimo interesse devem sempre adotar medidas que impliquem na ampla transparência das operações com dados pessoais, bem como na minimização de possíveis impactos aos direitos e garantias do titular. Dentre elas, destaca-se a implementação da possibilidade do exercício, por parte do titular, do Direito de Oposição (*opt-out*), ou seja, o direito do titular de se opor ao tratamento de dados baseado no legítimo interesse, especialmente nas situações em que o balanceamento de interesses é difícil de se demonstrar ou até mesmo de se atingir, não se ignorando o possível exercício abusivo deste direito.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo Interesse: aspectos gerais a partir da uma visão obrigacional. *In*: BIONI, Bruno et al. (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, cap. 8.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

DIGITAL LIFE INITIATIVE. Disponível em: <https://www.dli.tech.cornell.edu/>. Acesso em 25 fev. 2021.

- FONSECA, Edson Pires da. **Lei geral de proteção de dados pessoais – LGPD**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G.. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. *In: Washington Law Review*, 2004, v. 79, N. 1, 119-157.
- NISSENBAUM, Helen. **Privacy in Context: technology, policy, and the integrity of social life**. Stanford: Stanford University Press, 2010.
- OLIVEIRA, Ricardo et al. **O Legítimo Interesse e a LGPD**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.
- ROSENVALD, Nelson et al. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 5ª ed. rev., ampl., e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.
- TEIXEIRA, Tarciso; ARMELIN, Ruth Maria G. da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. **Opinion 03/2013 on Purpose Limitation**. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm#maincontent-Sec4. Acesso em 22 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. 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/index_en.htm#maincontentSec4. Acesso em 16 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. **The Article 29 Working Party Ceased to Exist as of 25 May 2018**. 11/06/2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=629492. Acesso em 16 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. O que acontece se alguém se opuser ao tratamento dos seus dados pessoais pela minha empresa? Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/dealing-citizens/what-happens-if-someone-objects-my-company-processing-their-personal-data_pt#:~:text=As%20pessoas%20t%C3%AAm%20o%20direito,motivos%20espec%C3%ADficos%20que%20os%20afetem.&text=As%20pessoas%20t%C3%AAm%20tamb%C3%A9m%20o,para%20efeitos%20de%20comercializa%C3%A7%C3%A3o%20direta. Acesso em 24 fev. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. **DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em 12 fev. 2021.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 25/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 25/04/2022
- Avaliação 1: 29/04/2022
- Avaliação 2: 02/05/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/05/2022
- Retorno rodada de correções: 08/05/2022
- Decisão editorial/aprovado: 08/05/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2