

PUCRS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

GABRIELA PANDOLFO COELHO GLITZ

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:
UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO LEGÍTIMO INTERESSE

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Ficha Catalográfica

G561p Glitz, Gabriela Pandolfo Coelho

Proteção de Dados Pessoais : Uma análise sobre a aplicabilidade do legítimo interesse / Gabriela Pandolfo Coelho Glitz . – 2019.

111.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Regina Linden Ruaro.

1. Proteção de Dados Pessoais. 2. LGPD. 3. RGPD. 4. Cláusula Geral. 5. Legítimo interesse. I. Ruaro, Regina Linden. II. Título.

GABRIELA PANDOLFO COELHO GLITZ

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:

UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO LEGÍTIMO INTERESSE

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientadora: Profa. Dra. Regina Linden Ruaro.

Porto Alegre
2019.

GABRIELA PANDOLFO COELHO GLITZ

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS:
UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO LEGÍTIMO INTERESSE

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Porto Alegre
2019.

À Martina e ao Vicente por todas as minhas
intermináveis ausências.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a minha família, minha filha Martina e meu marido Vicente que se demonstraram incansáveis durante toda esta jornada. O projeto de cursar um mestrado vai muito além de um projeto individual. Configura-se em um projeto familiar, no qual todos contribuem e caminham juntos. A vocês dois, a minha eterna gratidão por tudo que fizeram e fazem por mim. Sem este apoio, nada seria possível.

Aos meus pais, Roselia e Manoel, pelo amor incondicional, por tudo que sempre me incentivaram fazer, reforçando a importância do estudo durante toda a minha trajetória. Vocês são grandes exemplos para mim. Meu muito obrigada.

À minha amada avó, Amélia, que do alto dos seus 96 anos faz e fez muito por mim, dedicando amor e tempo para auxiliar na minha formação e criação. À minha querida vó Emília, a qual infelizmente me deixou durante a trajetória deste mestrado, mas, tenho certeza, vibra comigo por esta conquista.

À minha tia Cristina, minha segunda mãe, que tanto sempre fez por mim. À minha dinda Helena, por ser um grande exemplo de profissional na minha vida.

Aos meus queridos sócios, verdadeiros amigos, Luiz Henrique, Gizeli e Reinaldo por apoiarem a minha escolha e acreditarem em mim. Ao Gabriel, meu sócio, amigo e grande incentivador, por todo apoio e suporte nesta jornada.

À minha equipe, especialmente à Letícia, Marina e Mariana, pelo apoio durante este período de ausência.

Durante os últimos dois e intensos anos vividos no Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, tive a felicidade de, além de poder aprofundar e aprimorar os meus conhecimentos junto a grandes nomes do meio jurídico, construir relações de amizade e profunda admiração, as quais fortaleceram de forma singular esta jornada. Gostaria de registrar o meu agradecimento aos professores e funcionários por todo apoio que recebi no curso desta jornada.

Gostaria ainda de agradecer aos meus queridos colegas de mestrado, que muito mais que colegas transformaram-se em grandes amigos. Em especial a Fernando e Paula por todo apoio e auxílio que me deram.

Aos professores do PPGD da PUCRS, por permitirem acessar um mundo que eu desconhecia e pelo qual me apaixonei. Faço ainda um agradecimento

especial à Prof. Dra. Denise Fincato e ao Prof. Dr. Caliendo, por todo apoio e incentivo que me deram durante estes dois anos.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – Brasil (CAPES) pelo apoio e infraestrutura disponibilizados durante toda a pesquisa. Certamente este suporte contribuiu de forma significativa para o curso de meu mestrado e minha dissertação.

Por fim, mas não menos importante, gostaria de agradecer a minha orientadora, Prof. Dra. Regina Ruaro, por todo apoio e suporte nesta longa e intensa caminhada. Trilhar um caminho desconhecido, amparada por quem domina o percurso, torna-o certamente mais fácil. Minha eterna gratidão.

RESUMO

O presente trabalho busca enfrentar a temática do direito à proteção de dados pessoais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, enfocando a figura do legítimo interesse. Para tanto, inicia-se com uma análise sobre o histórico e as evoluções conceituais trazidas pela sociedade em rede e os impactos dessa sociedade à proteção de dados pessoais. Posteriormente, objetiva-se demonstrar os três paradoxos da fortaleza eletrônica e os impactos que essa evolução trouxe na tutela do direito à proteção de dados pessoais. Diante deste novo contexto social, inicia-se a análise sobre o limite e alcance do legítimo interesse dentro do sistema de proteção de dados pessoais. Para tanto, inicia-se por breves considerações sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais. Em seguida, aborda-se a problemática das cláusulas gerais e os impactos dos transplantes jurídicos no sistema jurídico brasileiro. Por fim, o presente trabalho aborda o formato de aplicação do legítimo interesse na Europa e os possíveis desdobramentos no Brasil mediante a LGPD. Assim, tem-se como tema central deste trabalho a problemática da aplicação do legítimo interesse no Brasil, tendo como hipótese de pesquisa o contexto europeu de aplicabilidade do legítimo interesse como norteador da aplicação à legislação brasileira, passando-se tal hipótese por todo um processo de análise sobre o limite e o alcance do legítimo interesse por esta legislação e a relação deste com a tutela ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Assim, conclui-se que é possível uma aplicação transparente e ponderada do legítimo interesse pela LGPD, ancorada na experiência europeia e no equilíbrio entre os direitos e liberdades dos titulares de dados perante os legítimos interesses dos responsáveis pelo tratamento.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados Pessoais. LGPD. RGPD. Cláusula Geral. Transplante jurídico. Legítimo Interesse.

ABSTRACT

This paper seeks to address the theme of the right to the protection of personal data within the Brazilian legal system, focusing on the figure of legitimate interest. To this end, it begins with an analysis of the history and conceptual developments brought about by the network society and the impacts of this society on the protection of personal data. Subsequently, the objective is to demonstrate the three paradoxes of electronic fortress and the impacts that this evolution has brought on the protection of the right to the protection of personal data. Faced with this new social context, the analysis of the limit and scope of legitimate interest within the personal data protection system begins. To this end, it begins with brief considerations on the fundamental right to the protection of personal data. Then, we discuss the problem of general clauses and the impacts of legal transplants on the Brazilian legal system. Finally, this paper addresses the application format of legitimate interest in Europe and the possible developments in Brazil through LGPD. Thus, the main theme of this work is the problematic of the application of legitimate interest in Brazil, having as research hypothesis the European context of the applicability of legitimate interest as a guide for the application to Brazilian law, passing this hypothesis through a whole process. analysis of the limit and scope of the legitimate interest in this legislation and its relationship with the protection of the fundamental right to the protection of personal data. Thus, it is concluded that a transparent and thoughtful application of the legitimate interest in LGPD is possible, based on the European experience and the balance between the rights and freedoms of data subjects against the legitimate interests of controllers.

KEYWORDS: Protection of Personal Data. LGPD. RGPD. General clause. Legal transplantation. Legitimate Interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO PARADOXO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	14
2.1 <i>A Sociedade da Informação: uma breve contextualização</i>	16
2.2 <i>Os Três Paradoxos da “Fortaleza Eletrônica”</i>	21
2.3 <i>Uma breve análise sobre a decisão da Corte Constitucional alemã sobre a Lei do Censo de 1983: a origem da autodeterminação informativa</i>	26
2.4 <i>O Caminho da Privacidade Rumo à “Cidadania do Novo Milênio”</i>	29
3 OS LIMITES E O ALCANCE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM SUA APLICAÇÃO	41
3.1 <i>Breves considerações sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica do legítimo interesse</i>	43
3.2 <i>O Legítimo Interesse como Viabilizador do Tratamento de Dados pessoais</i>	49
3.3 <i>A problemática das cláusulas gerais na sociedade da informação</i>	49
3.4 <i>As Variáveis do Transplante Jurídico e os Impactos na Aplicabilidade do Legítimo Interesse</i>	57
3.5 <i>O Legítimo Interesse na Europa da Diretiva ao GDPR: um modelo em vigor</i>	62
3.5.1 <i>Opinion 06/2014 do Working Paper 29: um direcionamento à aplicabilidade do legítimo interesse</i>	68
3.5.2 <i>Avaliação de impacto: a equação para o legítimo interesse</i>	76
3.5.3 <i>Os três eixos centrais para a aplicabilidade do legítimo interesse</i>	78
3.6 <i>O Legítimo Interesse no Brasil: uma proposta de aplicação</i>	89
3.6.1 <i>Os limites do protagonismo do legítimo interesse na LGPD</i>	92
3.6.2 <i>A proposta de aplicação do legítimo interesse no Brasil</i>	101
6 CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS	107

1 INTRODUÇÃO

O mundo está conectado. Essa afirmação representa a nova organização social que hoje se vivencia pela sociedade em rede. As fronteiras e os limites territoriais não fazem mais sentido, e a conexão aproxima todos os cantos do mundo, dos mais cosmopolitas aos mais ermos. Por meio da internet, uma verdadeira reorganização social aconteceu e, graças a ela, novos direitos surgiram e assumiram o posto de protagonistas neste renovado cenário mundial.

As novas tecnologias contribuíram de forma brutal para essa reorganização social, já que por meio delas a forma de armazenamento e de processamento da informação mudou drasticamente. Com a digitalização o volume de informações armazenadas foi exponencialmente crescendo e, por isso, o processamento dessas informações também foi significativamente alterado. Enquanto antes o cruzamento de informações era feito em volumes não muito expressivos, sem grandes repercussões, com a chegada da digitalização esse paradoxo foi rompido e o processamento de dados cresceu de forma nunca antes vista.

Com o processamento massivo de informações, passou-se a fazer todos os tipos de cruzamento de dados, acarretando, inclusive, a formação de Big Datas. Traçar perfis comportamentais, de consumo, de crédito passou a ser uma tarefa fácil neste novo mundo de informações. Diante disso, a privacidade que, antes da sociedade em rede, estava vinculada ao corpo físico do indivíduo, assumiu outro padrão, respondendo também pelo corpo eletrônico.

A tutela e a proteção desse corpo eletrônico traz duas consequências diretas. A primeira delas, diz respeito à necessidade de que o indivíduo possa exercer sua cidadania de forma plena e ampla, sem que seus dados pessoais sejam utilizados de forma desvirtuada, e mais, que a autodeterminação informacional seja mais que um direito do titular de dados, mas uma prática tutelada na sociedade. Para tanto, torna-se necessário um repensar sobre a cidadania e o papel deste novo cidadão, redundando em uma cidadania ampliada, que contemple todos os novos desafios da sociedade da informação, uma verdadeira cidadania do novo milênio.

A segunda consequência está vinculada à tutela de novos direitos. Para que a cidadania do novo milênio seja exercida, torna-se imprescindível a tutela de novos direitos, impulsionados por esta nova sociedade. Um desses novos direitos diz

respeito à privacidade, que, antes da internet, era vista e protegida por um padrão absolutamente diferente do que o nos dias de hoje. Diante dessa constante conexão social - das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs), das redes sociais e de todos os impactos que a internet trouxe -, a privacidade assume um novo conceito, e a consequência direta disso está na utilização e processamento de dados pessoais.

Perante essa nova realidade, a proteção de dados pessoais assume papel central em uma economia movida à informação. Assim, o surgimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais torna-se uma consequência direta e necessária desta contemporânea sociedade, a qual necessita tutelar novos direitos e proteger os indivíduos do uso indevido de informações.

O fortalecimento do direito à proteção de dados pessoais vem sendo observado mundialmente, e várias iniciativas foram adotadas neste sentido. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, abordam o tema e trazem a importância da tutela dos dados pessoais. Neste sentido, a OCDE, em 1980, também adotou os princípios e diretrizes que trazem a preocupação com essa temática, e o Conselho da Europa, em 1981, a Convenção 108. Mas foi em 1995, com a entrada da Diretiva 95/46 da Comunidade Europeia que a importância da proteção de dados pessoais assumiu papel de destaque no cenário mundial.

A Europa historicamente ocupou o protagonismo na proteção de dados pessoais sendo responsável, inclusive, pela emblemática decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a Lei do Censo, em 1982. Tal decisão cunhou o termo da autodeterminação informativa, que é usado até hoje e em muito está relacionado à tutela do direito à proteção de dados pessoais.

Seguindo por este caminho, a legislação europeia desenvolveu-se, e a interpretação da Diretiva 95/46 seguiu sendo fortemente discutida no Grupo de Trabalho do Artigo 29, o conhecido Working Paper 29. A necessidade de um nivelamento sobre a aplicação da proteção de dados pessoais na comunidade europeia tornou-se latente e, graças a essa necessidade, a Diretiva transformou-se em Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais. O RGPD passa a ser diretamente aplicável a todos os países da comunidade europeia, elevando a Europa a um novo patamar mundial em relação à proteção de dados.

Porém, mesmo com esta robusta história vinculada à proteção de dados pessoais, a utilização de determinadas bases legais ainda era vista de forma controvertida. A necessidade de consentimento ou a utilização de dados pessoais baseada no legítimo interesse despontou-se como ponto controvertido da aplicação e tutela dos dados pessoais, gerando a preocupação de que o legítimo interesse se transformasse em uma verdadeira carta em branco para o controlador.

Daí decorre a necessidade do estudo sobre a aplicabilidade do legítimo interesse, seu limites e seu alcance no cenário de tutela ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. A aplicabilidade do legítimo interesse na Europa vem sendo discutida desde a entrada em vigor da Diretiva 95/46, sendo inclusive objeto de estudos pelo grupo Working Paper 29, pela Opinion 06/2014 emitida.

A entrada em vigor do RGPD reforça a importância dessa base legal e traz relevantes contribuições para sua aplicabilidade, inclusive positivando as orientações emitidas pelo Working Paper 29. Em contrapartida, a recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira estreia em um cenário sem tantos limites e contornos predefinidos para a aplicação do legítimo interesse. Assim, a necessidade de entender o seu alcance no cenário brasileiro torna-se essencial para que sua utilização seja efetiva e correta.

Dessa forma, dividiu-se o presente trabalho em dois capítulos, a fim de entender a origem da proteção de dados pessoais e o caminho percorrido desde as primeiras iniciativas sobre o assunto até às recentes legislações sobre o tema e a repercussão dessa trajetória na aplicabilidade do legítimo interesse.

Para tanto, no primeiro capítulo enfrenta-se o paradoxo da proteção de dados pessoais na sociedade da informação. Partindo-se de uma breve contextualização da sociedade da informação, passa-se pelos três paradoxos da fortaleza eletrônica mencionados por Stefano Rodotà, abordando-se a emblemática decisão sobre a Lei do Censo alemã, suas repercussões sobre o conceito de autodeterminação informativa e o que se entende por legítimo interesse dentro deste conceito. Posteriormente, aborda-se o caminho da privacidade rumo à cidadania do novo milênio, demonstrando-se o surgimento de novos direitos, a necessidade de tutela destes novos direitos e a conseqüente transformação sucedida no conceito de cidadania.

No segundo capítulo, busca-se traçar um panorama sobre o alcance e limites do legítimo interesse dentro do sistema jurídico de proteção de dados pessoais. Inicia-se o capítulo com breves considerações sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais chegando-se ao legítimo interesse como viabilizador do tratamento de dados. Aborda-se a problemática de cláusulas gerais e as dificuldades de aplicação do legítimo interesse, justamente por se tratar de um conceito vago o qual possibilita a sua utilização das mais variadas formas. Com o objetivo de elucidar esta aplicação, passa-se pela análise do legítimo interesse no cenário europeu, mas, antes, enfrenta-se a temática dos transplantes jurídicos, diante da inspiração brasileira na legislação europeia de proteção de dados.

Por fim, propõe-se a análise do legítimo interesse dentro da LGPD, sob a perspectiva dos limites de seu protagonismo e os reflexos de sua aplicabilidade no ambiente legislativo brasileiro, perante a inspiração europeia.

Com base nestes dois capítulos, visa-se a abordar os principais impactos do legítimo interesse na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, com inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, abordando as dificuldades de aplicação desta base legal, seus limites e alcance. Muito embora não se tenha a pretensão de esgotar a temática abordada, pretende-se contribuir para o importante debate sobre a proteção de dados pessoais e a busca por uma interpretação correta e adequada do legítimo interesse.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO PARADOXO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O presente capítulo tem como ponto de partida a contextualização da sociedade da informação, na qual os dados assumem papel central e trazem consigo a necessidade de tutela de novos direitos. Nessa nova sociedade, o virtual e o real se misturam e trazem consigo os três paradoxos da “fortaleza eletrônica”¹, expostos por Rodotà.

Mediante essas premissas, analisa-se uma nova cidadania, que contempla direitos diversos dos tradicionais, os quais concretizam a “cidadania do novo milênio”². Nesta “cidadania do novo milênio”, os dados pessoais assumem significativa importância e fazem parte do “corpo eletrônico”³ do cidadão, o qual merece proteção e garantias, assim como o corpo físico, pois verdadeiramente expressam a intimidade do indivíduo.

Nossa sociedade está passando por uma acelerada alteração nas estruturas de interações pessoais. A popularização da internet e dos computadores vem revolucionando a forma de comunicação e de transmissão de conhecimento, gerando um impacto tão expressivo que a sociedade passou a adotar uma nova lógica de organização, na qual a posse de dados é vista como detenção de poder.⁴ Por essa perspectiva, dados e informações pessoais passaram a ter o papel de matéria-prima básica para este novo formato de capitalismo, no qual toda

¹ Rodotà menciona o termo “fortaleza eletrônica” quando refere o isolamento que o mundo virtual pode proporcionar ao indivíduo, o qual fecha-se neste ambiente eletrônico, rompendo o liame social com os seus semelhantes, na falsa sensação de fortalecimento e controle sobre a sua esfera privada. (RODOTÁ, Stefano. **A vida da sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94.)

² Rodotà menciona que a proteção de dados pessoais foi verdadeiramente reinventada, não apenas por ser um direito fundamental autônomo, mas também por torna-se ferramenta para o livre desenvolvimento da personalidade. Nesta linha, entende que a “proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio”. (RODOTÁ, op. cit., p. 17.)

³ Conceito igualmente trazido por Stefano Rodotà o qual entende que a proteção de dados pessoais deve ser interpretada como a proteção do “corpo eletrônico”, chegando-se a conclusão que a proteção de dados pessoais contribui para a “constitucionalização da pessoa” e, portanto, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

⁴ RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017.

utilização feita na rede deixa um rastro oculto de informações, permitindo que terceiros tenham acesso indiscriminado a dados do usuário, trazendo a conseqüente mitigação do direito à privacidade.⁵

Na era das redes sociais, das relações líquidas⁶ e virtuais, da crescente exposição na internet e do crescimento exponencial do mercado de inovação, as tecnologias da comunicação e de informação caminham no sentido oposto à esfera privada, entendida como autodeterminação informativa, como poder de controlar a circulação das próprias informações. Ou seja, este seria o “preço” a ser pago para usufruir desta sociedade da informação.⁷

Neste sentido, menciona Stefano Rodotá:

A contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria *persona*, com conseqüências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de posse permanente da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito.⁸

Tal realidade, invariavelmente e em muitas oportunidades, afronta a dignidade da pessoa humana que é o ideal máximo reconhecido na Declaração Universal da ONU em seu artigo 1^{o9}. Canotilho descreve a noção nuclear da dignidade da pessoa humana como sendo “índivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastēs et factor*)”.¹⁰ A Constituição Federal brasileira adota tal princípio como diretriz no qual está inserido o direito fundamental à privacidade.

Essa importante definição serve como norteadora da problemática hoje vivenciada, quando a tecnologia e as mudanças sociais traçam um novo cenário no qual o dado pessoal e a privacidade dividem uma tênue linha, entre o direito

⁵ RUARO, op. cit., p. 198.

⁶ Termo alusivo à obra *Modernidade Líquida* de Bauman. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

⁷ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 113.

⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48-58.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 225.

fundamental à proteção de dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa. O direito fundamental à privacidade se vê diante dos mais variados desafios para a sua tutela, ainda mais quando analisado sob a ótica da proteção de dados pessoais.¹¹

Finalizando o presente capítulo, conclui-se com uma breve análise sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e introduz-se a discussão sobre a aplicabilidade do legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados pessoais.

2.1 A Sociedade da Informação: uma breve contextualização

Em um mundo de desconexão, o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais assume um papel de menor relevância. As fronteiras geográficas ainda fazem sentido, e as relações sociais pautam-se pelas conexões reais, pelas quais as trocas presenciais formam uma cultura local.

Nesse mundo, a sociedade apresenta-se em ilhas, as quais têm seus direitos, seus deveres e sua cultura definidos, perpetuando-se no tempo, já que a visão de mundo acaba restringindo-se ao ambiente geográfico ao qual se pertence. A ausência de ligação entre essas várias ilhas restringe os problemas relacionados à privacidade e à proteção de dados pessoais, já que as formas de violação desses direitos são infinitamente inferiores, uma vez que a propagação da informação se dá de forma lenta e restrita.

Uma nova economia surge nos últimos 25 anos do século XX, tendo como suas principais características ser informacional, global e em rede. *Informacional*, pela capacidade de os agentes gerarem, processarem e aplicarem, de forma eficiente, a informação baseada no conhecimento; *global*, porque tanto o consumo quanto a circulação não têm mais fronteiras e estão organizados em escala global; e em *rede*, já que agora a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais.¹²

¹¹ GULARTE, Caroline M. Lima; GLITZ, Gabriela P. Coelho. O novo regulamento europeu de proteção de dados. **CONPEDI**, nov./2018.

¹² CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 19. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018, p. 135.

O ponto central está no fato de que o surgimento dessa emergente economia, baseada em novo paradigma tecnológico, transformou a informação no produto central do processo produtivo.¹³ Mas muito mais que esta transformação do produto central, a informação, há uma verdadeira transformação da economia. Passa-se de uma economia industrial para uma economia informacional, e a verdadeira transformação não está no tipo de atividade em que a sociedade está envolvida, “mas sua capacidade tecnológica de utilizar, como força produtiva direta, aquilo que caracteriza a nossa espécie como uma singularidade biológica: nossa capacidade superior de processar símbolos”¹⁴

Associado a isso, passa-se de uma economia global para uma economia mundial, de uma economia em que o acúmulo de capital avançou pelo mundo, para uma economia na qual há uma capacidade de funcionamento único, de forma unitária, em tempo real e em escala planetária. Foi somente ao final do século XX que se conseguiu perceber a verdadeira transformação do global para o mundial e com isso percebe-se também uma nova onda de concorrência, na qual os novos entrantes assumem papel de grande relevância com capacidade de alterar e, muitas vezes, fazer sucumbir empresas consolidadas no mercado.

Ao contrário do que parece, o resultado da primeira fase da revolução informacional trouxe vantagens e desvantagens ao progresso econômico, já que se assiste à morte de verdadeiros gigantes, trazendo impactos para cidades, países e um grande número de pessoas e, ao mesmo tempo, o nascimento de outras grandes empresas que cresceram e tomaram conta de parcelas do mercado mundial de forma exponencial e em uma velocidade jamais vista.¹⁵

Esse novo paradigma da economia informacional penetra em toda a estrutura social, revendo a lógica anteriormente existente. As distâncias não são mais as mesmas, podendo variar do zero ao infinito, já que tudo depende de se o ponto em questão está dentro ou fora da rede. A exclusão ou inclusão também não dependem mais, unicamente, do poderio econômico e de sua representatividade de

¹³ CASTELLS, op. cit., 2018, p. 135.

¹⁴ Ibid., p. 155.

¹⁵ Ibid., p. 156.

mercado, pois tudo muda pelo conhecimento e pela informação gerados e aperfeiçoados pela tecnologia da informação, a qual moverá o capital financeiro.¹⁶

A *sociedade em rede*¹⁷, tão simples e ao mesmo tempo tão complexa, trazida por Manuel Castells, revê a antiga lógica de mercado e aponta “que essa lógica de redes gera uma determinação social em nível mais alto que a dos interesses sociais específicos expressos por meio das redes: ‘o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder’”.¹⁸

Justamente em função de todas as transformações que estão ocorrendo, chega-se a uma nova lógica de fluir e pensar a economia e, conseqüentemente, a uma nova matéria-prima para esta emergente organização social: a informação.

Constata-se que a informação assume um papel central nesta nova sociedade, *a sociedade da informação*. Dados passam a ser coletados e armazenados em uma velocidade exponencial. A coleta se inicia com um propósito específico e, no decorrer de tratamento, são disponibilizados para propósitos diferentes, considerados tão ou mais importantes que aqueles que foram coletados.¹⁹ Tal dinâmica toma conta do ambiente virtual, e o controle passa a ser um dos principais pilares fragilizados.

Ao trazer-se este paradigma para a virtualização que se vivencia, uma situação que anteriormente seria tratada como um caso particular torna-se um

¹⁶ CASTELLS, op. cit., 2018, p. 553-555.

¹⁷ Segundo Manuel Castells, “Rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos. [...] A topologia definida por redes determina que a distância (ou a intensidade e frequência da interação) entre dois pontos (ou posições sociais) é menor (ou mais frequente, ou mais intensa), se ambos os pontos forem nós de uma rede do que se não pertencerem à mesma rede. Por sua vez, dentro de determinada rede os fluxos não têm nenhuma distância, ou a mesma distância, entre os nós. Portanto a distância (física, social, econômica, política, cultural) para um determinado ponto ou posição varia entre zero (para qualquer nó da mesma rede) e infinito (para qualquer ponto externo à rede). A inclusão/exclusão em redes e a arquitetura das relações entre redes, possibilitadas por tecnologias da informação que operam à velocidade da luz, configuram processos e funções predominantes em nossas sociedades. (grifos) [...] Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio. Redes são instrumentos apropriados para a economia capitalista baseada em inovação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores de empresas voltadas para a flexibilidade e adaptabilidade; para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínuas; para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e humores públicos; e para uma organização social que vise a suplantação do espaço e invalidação do tempo. Mas a morfologia da rede também é uma fonte de drástica reorganização das relações de poder” (grifos). (Ibid., p. 553-554.)

¹⁸ Ibid., p. 553.

¹⁹ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 14-15.

problema geral, com um impacto muito mais amplo e profundo do que se pode imaginar, pois o individual se transforma em coletivo, com um simples estalar de dedos.

Nas palavras de Pierre Lévy:

A virtualização pode ser definida como o movimento inverso da atualização. Consiste em uma passagem do atual ao virtual, em uma “elevação à potência” da entidade considerada. A virtualização não é uma desrealização (a transformação de uma realidade num conjunto de possíveis), mas uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado: em vez de se definir principalmente por sua atualidade (uma “solução”), a entidade passa a encontrar sua consistência essencial num campo problemático. Virtualizar uma entidade qualquer consiste em descobrir uma questão geral à qual ela se relaciona, em fazer mutar a entidade em direção a essa interrogação e em redefinir a atualidade de partida como resposta a uma questão particular.²⁰

Tal fato tornou-se possível com a grande guinada que a sociedade vivenciou em termos de capacidade de processamento de informação, que aconteceu pela transição da plataforma pela qual ela é sobreposta. Passa-se de uma era em que o armazenamento e a transmissão acontecia através de átomos, para a era do *bit*²¹, a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida.²²

Esse movimento trouxe a desmaterialização da informação, e, com o passar do tempo, toda informação passou a ser digitalizada, incluindo vídeo e áudio. Com a linguagem binária, tornou-se possível armazenar uma quantidade inimaginável de informações e em plataformas que antes não existiam, como os computadores pessoais, CDs, pendrives, etc. O ponto é que aquela forma primitiva de armazenamento, que era o papel, havia sido superada pelo *bit*.²³

²⁰ LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 17-18.

²¹ “O bit (simplificação para dígito binário, em inglês binary digit) é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida, usada na Computação e na Teoria da Informação. Um bit pode assumir somente 2 valores: 0 ou 1, corte ou passagem de energia, respectivamente. Embora os computadores tenham instruções (ou comandos) que possam testar e manipular bits, geralmente são idealizados para armazenar instruções em múltiplos de bits, chamados bytes. No princípio, byte tinha tamanho variável mas atualmente o padrão de facto é oito bits, como definido pela ISO/IEC 2382-1:1993. Bytes de oito bits também são chamados de octetos. Existem também termos para referir-se a múltiplos de bits usando padrões prefixados, como quilobit (kb), megabit (Mb), gigabit (Gb) e Terabit (Tb). Vale notar que a notação para bit utiliza um “b” minúsculo, em oposição à notação para byte que utiliza um “B” maiúsculo (kB, MB, GB, TB). Fisicamente, o valor de um bit é, de uma maneira geral, armazenado como uma carga elétrica acima ou abaixo de um nível padrão em um único capacitor dentro de um dispositivo de memória. Mas, bits podem ser representados fisicamente por vários meios.” [WIKIPÉDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>. Acesso em: 09 set. 2019.

²² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 6.

²³ BIONI, op. cit., 2019, p. 7.

A partir do momento que temos uma informação digitalizada esta “pode ser processada automaticamente, com um grau de precisão quase absoluto, muito rapidamente e em grande escala quantitativa”.²⁴ Não existe nenhuma outra forma de processamento capaz de unificar as quatro características aqui listadas ao mesmo tempo, por isso a digitalização da informação veio como o grande paradigma desta revolução.²⁵

Além de tal técnica permitir o armazenamento, ela permite o controle da informação *bit a bit*, e isso na velocidade cada vez mais acelerada dos computadores. A velocidade de cálculo dos computadores é exponencialmente maior que a dos seres humanos e, por isso, como todas as informações estão codificadas como números, pode-se manipulá-las com grande facilidade.²⁶

Como dito, tanto o espaço quanto o tempo foram imensamente alterados pela digitalização. Enquanto antes se precisaria de um espaço gigantesco para armazenar-se uma quantidade relativa de informações, hoje se tem uma quantidade muito maior de informações armazenadas em um espaço infinitamente menor, e mais, a cada dia que passa, a tecnologia evolui e consegue-se armazenar mais com menos.

Em relação ao tempo, a lógica é a mesma. Antes da digitalização, localizar determinada informação, alterá-la ou até mesmo divulgá-la, exigia um esforço enorme, e o acesso era muito mais restrito. Mas foi com a chegada da internet que a mais significativa das alterações aconteceu: a informação foi *virtualizada*.

Assim, passa-se a agir sobre a informação, diferentemente do que antes havia ocorrido. Além disso, há uma penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias reformatando a existência individual e coletiva, trazendo alterações nos mais variados seguimentos da vida social. E, associada a tudo isso, temos a lógica de redes, a qual passa a influenciar todos os processos e todas as organizações.²⁷

Conforme menciona Manuel Castells:

Ademais, quando as redes se difundem, seu crescimento se torna exponencial, pois as vantagens de estar na rede crescem exponencialmente, graças ao número maior de conexões, e o custo cresce

²⁴ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 54.

²⁵ Ibid., p. 54.

²⁶ Ibid., p. 55.

²⁷ CASTELLS, op. cit., 2018, p. 553.

em padrão linear. Além disso, a penalidade por estar fora da rede aumenta com o crescimento da rede em razão do número em declínio de oportunidades de alcançar outros elementos fora da rede.²⁸

Outro ponto importante, que não pode ser desconsiderado quando se analisa essa evolução é o paradigma da tecnologia da informação: a flexibilidade. Através dela, processos são reversíveis, organizações e instituições podem ser modificadas, principalmente a sua capacidade de reconfiguração. Tal aspecto assume papel ainda mais essencial em uma sociedade caracterizada por constantes mudanças e fluidez organizacional.²⁹

As mudanças trazidas pela revolução tecnológica são gigantescas e capazes de reformatar uma organização sem destruí-la. Há uma convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, e essa convergência leva a uma interdependência crescente entre outras áreas, como a própria revolução em biologia e microeletrônica.³⁰

Nesse sentido, percebe-se que esta convergência a um sistema altamente integrado não deixa de lado o Direito, que se vê reformatado para a sociedade em rede, fortalecendo e reforçando direitos que antes tinham um ínfimo risco de serem impactados, e que agora se veem reinventados.

Assim entendida a sociedade da informação, passa-se ao estudo das consequências dessa alteração social, a qual desemboca nos três paradoxos da “fortaleza eletrônica” proposta por Rodotà.

2.2 Os Três Paradoxos da “Fortaleza Eletrônica”

Os três paradoxos da “fortaleza eletrônica” tomam por ponto de partida a conexão. Tomando-se essa frase por premissa e considerando-se os apontamentos anteriormente feitos sobre a sociedade da informação, novos conceitos passam a permear as relações humanas. Neste renovado contexto relacional, as relações presenciais tornam-se líquidas, e o real passa a ser virtual.³¹

²⁸ CASTELLS, op. cit., 2018, p. 124.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., p. 125.

³¹ BAUMAN, op. cit., 2011, p. 7-24.

A contrapartida dessa alteração social, promovida pela sociedade em rede, está justamente na paradoxal relação em que a conexão também pode desconectar, já que afasta o usuário do mundo real, isolando-o da realidade. O virtual traz o desprendimento do aqui e agora, acarretando a não presença. No momento em que uma pessoa ou uma coletividade se virtualizam, há uma espécie de desconexão da realidade. Afasta-se a geografia, a temporalidade e até mesmo o calendário.³²

Nesse sentido, as relações não podem mais ser situadas no tempo e no espaço, e há uma crescente possibilidade de o indivíduo fechar-se na “fortaleza eletrônica”, buscando uma ilusão de privacidade. Na aldeia global, como menciona Rodotà, “aumenta a sensação de autossuficiência, mas também a separação em relação aos demais”.³³

Ao isolar-se na “fortaleza eletrônica”, o indivíduo vê-se na posição de protagonista, de gestor de sua vida e informação, capaz de controlar e monitorar as interconexões. A falsa sensação de autossuficiência traz à tona o sentimento de controle e de independência e ao mesmo tempo, ao sentir-se fortalecido, isola-se da realidade e das relações sociais.

Este contexto demonstra que a tecnologia ajuda a moldar uma esfera privada mais rica, porém mais frágil, mais violável. Ao mesmo tempo em que se tem a sensação de estar só e com controle sobre o quê e para quem se expõe a privacidade, há um risco cada vez maior de violação, o qual requer um esforço amplo para a sua proteção efetiva, sendo esse, o primeiro paradoxo³⁴ da privacidade, segundo Rodotà.³⁵

No isolamento, há uma grande circulação de informações, já que o indivíduo sente-se efetivamente no controle da situação, acreditando ser capaz de restringir eventuais avanços sobre sua privacidade. Esta característica marcante da conexão com o mundo virtual não pode colocar em xeque o sigilo e a proteção dos dados pessoais, já que basiladores do direito à privacidade.

³² LÉVY, op. cit., 2011, p. 19-20.

³³ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 94-95.

³⁴ Ibid., p. 95. Segundo Stefano Rodotà: “paradoxo é usado para indicar uma situação na qual a tensão relativa à privacidade entra (aparentemente) em contradição consigo mesma ou produz consequências (aparentemente) inesperadas.”

³⁵ Ibid., p. 95.

A privacidade dilata-se para além dos dados relativos à esfera íntima da pessoa, os quais se pretende ver excluídos de qualquer tipo de circulação. Percebe-se que o “núcleo duro” da privacidade está ligado às informações que requerem sigilo, como dados de saúde e hábitos sexuais.³⁶ Além disso, dados com potencial risco de gerarem discriminação também requerem uma atenção especial, como é o caso de opiniões políticas e sindicais e informações relativas à raça ou ao credo religioso, os chamados dados sensíveis.³⁷

Chama-se a atenção ao fato de que opiniões políticas e sindicais, por exemplo, não podem ser confinadas à esfera privada em um Estado democrático de direito, pois fazem parte das convicções do indivíduo e, portanto, devem poder ser manifestadas de forma pública, já que formam a identidade pública daquele indivíduo. Justamente neste ponto identifica-se o segundo paradoxo da privacidade mencionado por Rodotà. Ao mesmo tempo em que não se pode permitir que a identidade pública seja tolhida, cabe regular a coleta e armazenamento de tais informações, ainda mais, a legitimidade de quem está fazendo.³⁸

Como elucida Rodotà:

A presença de riscos conexos ao uso das informações coletadas, e não uma natural vocação ao sigilo de certos dados pessoais, foi o que levou ao reconhecimento de um ‘direito à autodeterminação informativa’ como direito fundamental do cidadão.³⁹

O exercício pleno da cidadania exige que o titular dos próprios dados possa expressar suas opiniões e preferências de forma ampla e irrestrita, sem que com isso tais informações sejam usadas de forma discriminatória ou até mesmo contra si mesmo. Neste contexto, exige-se um elevado nível de controle de tratamento e proteção, já que fazem parte da esfera mais íntima do indivíduo.

A partir do momento que se reconhece a necessidade de controle em virtude dos riscos transversais que o tratamento de dados pessoais pode acarretar, torna-se imprescindível empoderar o titular dos dados, pois somente assim haverá o

³⁶ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 95-96.

³⁷ A LGPD assim define dado sensível em seu art. 5º, II: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

³⁸ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 96.

³⁹ Ibid.

exercício pleno do direito à autodeterminação informativa e a perfectibilização como direito fundamental.

Com base nisso, o reconhecimento do direito fundamental à privacidade através do prisma de poder acompanhar os dados pessoais quando estão em posse de outro sujeito, dá força e embasamento ao direito de acesso, que se tornou o fiel da balança para regular relações de sujeitos potencialmente em conflito, superando o critério formal de posse da informação.⁴⁰

Veja-se: acima do direito de quem detém as informações está o direito fundamental da pessoa à qual as informações se referem, tornando o direito à privacidade uma via de maior transparência e controle das esferas de outros sujeitos. Justamente em função disso, a evolução do direito à privacidade foi acompanhada pela difusão de leis sobre o acesso à informação, desembocando, assim, no terceiro paradoxo da privacidade exposto por Rodotà.

A necessidade de um embasamento constitucional direto para a proteção de dados, decorrente da famosa sentença alemã sobre a Lei do Censo, fez com que parte da doutrina, influenciada pela ideia de um direito à “liberdade informática”, fizesse uma leitura particular do direito à autodeterminação informativa. O enfoque dado era generalista e privilegiava uma liberdade em um novo “meio”, sendo inclusive essa a raiz que veio a originar o *Habeas Data* brasileiro.⁴¹

Ambas as doutrinas, da autodeterminação informativa e da liberdade informática, tiveram grande relevância no sistema de proteção de dados pessoais, inclusive em relação ao próprio direito à privacidade. Porém, ambas foram criticadas.⁴²

Em relação à autodeterminação informática, o maior problema está em como conceituar o que é autodeterminação. Além disso, pode-se correr o risco de chegar à conclusão de que as pessoas teriam um direito à propriedade de suas informações⁴³, transportando para o direito patrimonial.⁴⁴

⁴⁰ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 97.

⁴¹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 198.

⁴² Ibid., p. 198.

⁴³ Danilo Doneda assim menciona quando se refere à crítica sobre autodeterminação: “(...) em relação à autodeterminação informática, deparamo-nos com o problema da interpretação sobre o que é a ‘autodeterminação’. Em uma hipótese, ela conferiria ao indivíduo a oportunidade de controlar as informações que lhe digam respeito, dentro de parâmetros de ampla informação e solidariedade; já

Em contrapartida, em relação à liberdade informática⁴⁵, a problemática está em uma interpretação “hipertrofiada” da possibilidade de autodeterminação. Ainda, a dificuldade de conceituação da referência expressa da informática pode levar a uma rápida obsolescência legislativa.⁴⁶

Diante dessa problemática, Danilo Doneda propõe a expressão “proteção de dados pessoais”, a qual abarca tanto a problemática da privacidade quanto a problemática da informação, tendo como ponto de referência os direitos da personalidade, afastando a aceção patrimonialista ou contratual e ao mesmo tempo, não implica um direito à liberdade em uma aceção demasiado ampla.⁴⁷

Dessa forma, conclui-se que a privacidade passa pelos três paradoxos expostos por Rodotà, os quais evidenciam quatro grandes tendências. A primeira delas expõe que, ao mesmo tempo em que se tem o direito de estar só, também se tem o direito de manter controle sobre as informações vinculadas ao indivíduo. A segunda pode-se traduzir da privacidade ao direito à autodeterminação informativa. A terceira evidencia que, ao exercer a cidadania de forma ampla, o indivíduo se expõe, porém essa exposição não pode levar à discriminação. E, por fim, a quarta, que o sigilo exige um controle.⁴⁸

Ao finalizar esse sobrevoos histórico, constata-se a importância da evolução da doutrina sobre privacidade em relação ao desenrolar de uma releitura sobre a nova cidadania. A “cidadania do novo milênio”⁴⁹ engloba direitos nunca antes

em uma leitura em chave liberal a autodeterminação concentrar-se-ia ao afastamento da matéria do âmbito dos direitos da personalidade. Outro problema é que esta leitura pode induzir à impressão de que as pessoas teriam um direito de propriedade sobre suas informações, transportando esta fenomenologia para o campo das situações patrimoniais.” (DONEDA, op. cit., p. 198-199.)

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Segundo Perez-Luño a finalidade da liberdade informática está em “garantir a faculdade das pessoas de conhecer e acessar as informações que lhes digam respeito, arquivadas em bancos de dados; controlar sua qualidade, o que implica a possibilidade de corrigir ou apagar os dados inexatos ou indevidamente processados; e dispor sobre a sua transmissão”. Antonio-Enrique Pérez Luño. “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”. (LOSANO, Mario; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez; MATEUS, Maria Fernanda Guerrero. **Liberdade informática y leyes de protección de datos personales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 155.)

⁴⁶ DONEDA, op. cit., 2006, p. 200.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 96-97.

⁴⁹ O termo “cidadania eletrônica” teve origem na obra *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje escrita por Stefano Rodotà e tem como objetivo denominar a cidadania de um novo mundo, de uma era tecnológica sem noções de espaço ou tempo na qual nasce uma nova noção de cidadania,*

pensados e traduz-se de forma ampla e dinâmica, ágil e inovadora, representando o novo papel do cidadão nesta atual sociedade da informação.

Para a compreensão desse novo papel, torna-se imprescindível realizar uma breve análise sobre o histórico julgamento da Corte Constitucional alemã a respeito da Lei do Censo, *Volkszählungsgesetz*.

2.3 Uma breve análise sobre a decisão da Corte Constitucional alemã sobre a Lei do Censo de 1983: a origem da autodeterminação informativa

A origem do direito à autodeterminação informativa encontra-se no julgamento da Lei do Censo de População, Profissão, Moradia e Trabalho realizado pelo Tribunal Constitucional alemão em 25 de março de 1982, sendo tal decisão considerada um marco referencial para o tema.

Com base na análise dessa decisão, pretende-se trazer pontos significativos de sua fundamentação que auxiliem a responder à pergunta central deste trabalho.

Constata-se, pela mencionada decisão, a importância dada ao indivíduo como agente central de controle e de gestão de seus dados pessoais, possibilitando que ele possa autodeterminar as suas informações pessoais. Valendo-se do direito geral da personalidade, o Tribunal esculpe o direito à autodeterminação informacional, o qual constitui parcela fundamental para o desenvolvimento livre da personalidade.

Por meio dessas premissas, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade parcial da lei em virtude da existência de um direito à “autodeterminação informativa”, com base na Lei Fundamental que protege a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade.⁵⁰

O objetivo da lei do recenseamento era a coleta de informações dos cidadãos como profissão, moradia e local de trabalho, com objetivo de fornecer à administração pública informações acerca de crescimento populacional, distribuição espacial da população e atividades econômicas realizadas no país.

mas sobretudo, a necessidade de um renascimento do conceito de soberania. Este conceito será explorado no item 2.3 do presente trabalho.

⁵⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

A questão de fundo era o fato de que haveria uma multa caso o cidadão se recusasse a prestar as informações, além de os dados poderem ser comparados com registros públicos com o objetivo de averiguar a veracidade e ainda autorizava a transmissão de forma anônima aos órgãos públicos. Tais pontos geraram diversas reclamações com o fundamento de violação direta ao livre desenvolvimento da personalidade que acabaram fazendo com que o Tribunal reconhecesse a constitucionalidade da lei em geral, porém declarando nulos os artigos que possibilitavam a comparação das informações e a transferência para órgãos da administração pública.⁵¹

A sentença proferida pelo Tribunal Constitucional alemão torna-se um marco ao reconhecer o direito à autodeterminação informativa, sendo determinante para as normas nacionais e europeias que vieram na sequência sobre o tema ao “reconhecer um direito subjetivo fundamental e alçar o indivíduo a protagonista no processo de tratamento de seus dados”.⁵²

Para viabilizar tal protagonismo, torna-se necessário que o cidadão tenha conhecimento, com mínima segurança, sobre os seus dados pessoais. Somente ao conhecer as áreas de seu meio social que possuem tais informações, assim como possíveis parceiros de comunicação que se evidenciará o protagonismo pretendido.⁵³

O desconhecimento sobre as informações armazenadas, assim como as transmitidas ou utilizadas, gera um sentimento de insegurança na população, o que acarreta comportamentos distorcidos, com o único objetivo de não chamar a atenção. “Isso não prejudicaria apenas o desenvolvimento individual do cidadão, mas também o bem comum, porque a autodeterminação é uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre.”⁵⁴

Dessa importante premissa, pressupõe-se que o livre desenvolvimento da personalidade, sob as modernas condições de processamento de dados, exige a

⁵¹ MENDES, op. cit., 2014, p. 31.

⁵² Ibid., p. 31.

⁵³ MARTINS, Leonardo (org.). **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 237. [Organização e introdução: Leonardo Martins. Prefácio: Jan Woischnik. Trad. Beatriz Hennig *et al.*]

⁵⁴ Ibid., p. 238.

proteção do indivíduo contra o levantamento, o armazenamento, o uso e a transmissão irrestrita de seus dados pessoais. Essa proteção é abrangida pelo direito fundamental o qual garante o poder de o cidadão determinar sobre a exibição ou não de tais informações.⁵⁵

O grande mérito desse julgamento está no reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito autônomo, que deve ser concretizado pelo legislador e ao mesmo tempo protegido, impedindo que seu núcleo fundamental seja violado.⁵⁶

Por outro lado, sabe-se que o direito à autodeterminação não é garantido de forma ilimitada. O indivíduo deve aceitar limitações sobre esse direito em favor do interesse geral predominante, devendo sempre ser amparado pelo princípio da proporcionalidade, o qual resulta “da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão perante o Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível”.⁵⁷

Nesse sentido, as razões trazidas pelo Tribunal ainda complementam que a obrigação de fornecer dados pessoais pressupõe uma finalidade clara e específica, que determine, de forma precisa, como que tais informações serão utilizadas.⁵⁸ Ou seja, os princípios da proporcionalidade, finalidade e necessidade evidenciam-se nas razões trazidas pelo Tribunal, reforçando e delimitando o direito à autodeterminação informativa.

Além disso, o que se extrai do julgado não é só a construção de um direito à autodeterminação informativa, mas a prevalência de uma perspectiva na qual os legítimos interesses dos titulares de dados não foram respeitados, tampouco princípios basilares para esta temática.

Ao tratar-se de uma lei de recenseamento, o fornecimento de dados era obrigatório, não havendo opção de recusa. Porém as finalidades propostas pela mencionada lei iam muito além das legítimas expectativas de qualquer cidadão, ultrapassando a finalidade estatística que verdadeiramente deveria ter.

⁵⁵ MARTINS, op. cit., 2005, p. 238.

⁵⁶ Ibid., p. 31.

⁵⁷ Ibid., p. 239.

⁵⁸ Ibid., p. 240.

A conclusão que se extrai desse julgamento é de que o legítimo interesse pressupõe que não haja violação aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados, os quais sempre estarão como agentes centrais da temática da proteção de dados pessoais, sendo tal tema explorado de forma mais aprofundada na segunda parte deste trabalho.

Diante dessa nova dinâmica social na qual os titulares de dados assumem papel central, passa-se a abordar os reflexos da sociedade da informação na trajetória da privacidade rumo a uma nova cidadania, uma cidadania repleta de novos direitos, “a cidadania do novo milênio”.

2.4 O Caminho da Privacidade Rumo à “Cidadania do Novo Milênio”

A busca pela privacidade que vem amparada pela busca da igualdade, da liberdade de escolha, da não discriminação, não pode ser considerada recente. Foi ao final do século XIX que assumiu um papel mais expressivo.⁵⁹

A organização social da época não comportava uma preocupação com a privacidade, já que as sociedades regulavam suas necessidades por meio de outras formas, como a rigidez da hierarquia social, da própria arquitetura dos espaços públicos e privados, do ordenamento jurídico corporativo ou patrimonialista ou ainda, que a privacidade não passaria de um sentimento subjetivo, indigno de tutela.⁶⁰

Nesse sentido, ensina Danilo Doneda:

O despertar do direito para a privacidade ocorreu justamente num período em que mudou a percepção da pessoa humana pelo ordenamento, do qual ela passou a ocupar papel central e ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos do seu cotidiano.⁶¹

Foi a partir da Revolução Industrial que a população passou a migrar para as cidades e, conseqüentemente, o número de notícias e informações começaram a crescer substancialmente. Diante desse novo contexto social, começaram as discussões acadêmicas sobre a proteção da intimidade e da privacidade, as quais desembocaram no célebre artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis, *The right to*

⁵⁹ MARTINS, op. cit., 2005, p. 7.

⁶⁰ Ibid., p. 8.

⁶¹ Ibid.

*privacy*⁶², no qual os autores discutem os problemas enfrentados por notícias invasivas que afetariam o direito à privacidade e defendem o direito de estar sozinho, *zero-relationship*.⁶³

Os autores realizaram um amplo estudo sobre precedentes da Corte norte-americana e por esta análise constataram que a privacidade seria um direito geral extraído dos clássicos direitos de liberdade e propriedade.⁶⁴ O ponto de partida considerado foi o da *privacy-property*, no qual um estranho intervinha no círculo privado de outro, partindo daí a ideia de privacidade.⁶⁵

Diante disso, “a *privacy* se via atacada somente naqueles casos em que um estranho entrava no círculo de confiança de outra pessoa”.⁶⁶ Posteriormente, os autores associaram a *privacy* à ideia de liberdade, caracterizando-se a inviolabilidade da personalidade humana.⁶⁷

Essa concepção serviu como marco inicial que acabou ampliando a consciência de que a privacidade é um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade, sendo hoje tratada como um direito fundamental.⁶⁸

Contudo, mesmo hoje tratada como direito fundamental, ainda são evidentes algumas nuances do contexto individualista no qual foi gerada. Percebe-se que se trata de um direito tipicamente burguês, nascido na segunda metade do século XIX, no apogeu do liberalismo jurídico clássico.⁶⁹

Mas foram justamente essas questões que reforçaram a importância da privacidade para a própria sociedade democrática, sendo requisito para outras

⁶² WARREN, Samuel D.; BRANDES, Louis D. The Right to Privacy. In: **Harvard Law Review**, Vol. 4, N. 5 (Dec. 15, 1890), p. 193-220. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em: abr. 2019.

⁶³ RUARO; MAÑAS; MOLINARO, op. cit., 2017, p. 15.

⁶⁴ Ibid., p. 16.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 55.

⁶⁷ Ibid., p. 56.

⁶⁸ DONEDA, op. cit., 2006, p. 9.

⁶⁹ Ibid., p. 9-10.

liberdades fundamentais, que se tornaram - cada vez mais evidentes pelo crescente fluxo de informações.⁷⁰

Seguindo pela trajetória da privacidade, observa-se que até a década de 1960, ainda se observava certo elitismo nas decisões proferidas pelos tribunais: eram preponderantemente proferidas em relação às pessoas com uma determinada projeção social ou patrimonial.⁷¹

O fluxo de informações continuou crescendo, e a importância dessas informações também, demonstrando que não eram mais apenas figuras de determinado relevo social que careciam de privacidade.⁷² A necessidade de proteção estava caracterizada para uma parcela infinitamente maior da população, com uma gama variada de situações que poderiam fragilizar a privacidade.⁷³

As informações pessoais e o poder derivado delas chama atenção dessa nova sociedade, gerando interesse aos setores público e privado. Neste sentido, Doneda menciona os motivos da mudança:

A informação pessoal – a informação que se refere diretamente a uma pessoa – assume, portanto, importância por pressupostos diversos. Podemos estabelecer, de início, que dois fatores estão quase sempre entre as justificativas para a utilização de informações pessoais: o controle e a eficiência.⁷⁴

O Estado acabou sendo o primeiro interessado a utilizar tais informações, já que o conhecimento aprofundado da população é um grande trunfo para a administração pública.⁷⁵ Tal predominância permaneceu até que a tecnologia possibilitasse a coleta e o processamento por particulares, não apenas reduzindo custos de utilização da informação, como também abrindo uma imensa gama de possibilidades de utilização dessa informação.⁷⁶

Doneda assim menciona:

Esta mudança, a princípio quantitativa, acaba por influir qualitativamente, mudando os eixos de equilíbrio na equação poder – informação – pessoa –

⁷⁰ DONEDA, op. cit., 2006, p. 10.

⁷¹ Ibid., p. 11-12.

⁷² Ibid., p. 12.

⁷³ Ibid., p. 13.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid., p. 15.

controle. Isto implica que devemos tentar conhecer a nova estrutura de poder vinculada a esta nova arquitetura informacional.⁷⁷

Diante desta mudança significativa na relação entre poder e informação, exige-se um fundamental repensar sobre os impactos sociais desencadeados por ela. Neste cenário de efervescente evolução tecnológica, torna-se vital a construção de um espaço de coexistência das novas tecnologias, interesses diversos e o balanceamento de direitos fundamentais.⁷⁸

Não há que se falar em ruptura com a privacidade de outras épocas, mas, sim, em um reposicionamento de seu centro gravitacional⁷⁹ em busca do equilíbrio entre os diversos interesses envolvidos e a tutela da pessoa humana.

O direito à privacidade está diretamente vinculado à efetividade dos direitos da personalidade, afastando a errônea ideia de que poderia tornar-se um direito extremamente individualizado ou, até mesmo, egoísta.⁸⁰ A proteção da privacidade na sociedade da informação está vinculada à proteção de dados pessoais, expandindo-se para muito além do isolamento ou tranquilidade, mas com o objetivo de garantir um posicionamento adequado do indivíduo perante a sociedade, permitindo que este tenha um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais.⁸¹

A chamada “força expansiva” da proteção dos dados pessoais, termo cunhado por Danilo Doneda em sua obra *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, demonstra a reviravolta da equação *poder versus informação*, mediante a qual o titular de dados assume o papel central nessa relação sendo o verdadeiro detentor do poder sobre seus dados. Além disso, marca definitivamente a evolução da privacidade no ordenamento jurídico, trazendo como sua maior contribuição a caracterização desse direito como um direito fundamental.⁸²

⁷⁷ DONEDA, op. cit., 2006, p. 16.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 22-23.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, p. 25.

Essa evolução, juntamente com o seu desenvolvimento, trouxe importantes iniciativas. A OCDE, em 1980, adotou os Princípios e Diretrizes⁸³, e o Conselho da Europa, em 1981, a Convenção 108.⁸⁴ Em 1995, a Diretiva 95/46⁸⁵ traz explicitamente a importância da proteção de dados pessoais e reforça que a aproximação de leis não deve resultar em uma diminuição de proteção, mas, sim, uma elevação no nível de proteção.⁸⁶

A evolução da proteção de dados pessoais para um direito fundamental torna-se mais clara, quando se analisa a Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa em 1950⁸⁷, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.⁸⁸ O artigo 8º da Convenção fala que “todos têm o direito de respeito à vida privada e familiar, seu domicílio e sua correspondência”. Em contrapartida, a Carta evidencia a diferença entre os convencionais direitos do artigo 7º, “direito de respeito da vida privada e familiar”, originários da Convenção, e introduz o “direito à proteção de dados pessoais” no artigo 8º da Carta, o qual se torna um novo direito fundamental autônomo.⁸⁹ Além disso, o artigo 8º traz critérios para o processamento de dados, expressa claramente o direito de acesso e prevê o controle de uma autoridade nacional, conforme ensina Rodotà:

O direito ao respeito da vida privada e familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – *i.e.* é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos. Adicionalmente, a supervisão e outros poderes não são somente conferidos às pessoas interessadas (os sujeitos de dados), mas são também entregues a uma autoridade independente. A

⁸³ Disponível em:

<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁸⁴ Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 13 out. 2019

⁸⁵ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁸⁶ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 16.

⁸⁷ Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

⁸⁸ Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTAFUNDAMENTAL.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

⁸⁹ Ibid.

proteção não é mais deixada somente aos sujeitos de dados, uma vez que existe um órgão público permanente responsável por isso.⁹⁰

Ainda complementa:

[...] é de fato o fim da linha de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade – de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de alguém e determinar como a esfera privada deve ser construída.⁹¹

Nesse sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia deve ser interpretada de forma ampla, considerando os novos direitos surgidos com as inovações tecnológicas e científicas. Destaca-se a tutela ao *corpo físico*, por meio do “direito à integridade da pessoa” mencionado no artigo 3º e a tutela do *corpo eletrônico*, com o direito à proteção de dados do artigo 8º.⁹²

A proteção de dados pessoais nada mais seria que a extensão da pessoa, o corpo eletrônico mencionado por Rodotà, já que os dados pessoais fazem parte de sua personalidade e, portanto, de sua intimidade. A Carta coloca o indivíduo como ponto central e por esse prisma, o direito à proteção de dados pessoais toma força de direito fundamental autônomo, sendo essa uma das mais significativas conquistas desta trajetória.⁹³

Diante dessa reinvenção da proteção de dados, empodera-se o indivíduo como dono da informação, sendo este o titular de um conjunto de direitos que juntos traduzem a “cidadania do novo milênio”. Com base nesse novo conceito de cidadania, percorrer-se-á, brevemente, a evolução geracional de leis sobre proteção de dados no ordenamento jurídico, até chegarmos às atuais leis sobre o tema.

Parte-se do entendimento de que a proteção de dados pessoais compreende pressupostos idênticos aos da proteção da privacidade, sendo, na verdade, a continuação desta por outros meios.⁹⁴ O que se constatou, durante a evolução geracional das leis sobre proteção de dados pessoais, foi que os primeiros

⁹⁰ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 17.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ DONEDA, op. cit., 2006, p. 27.

sistemas se preocupavam exclusivamente com o Estado, direcionados ao Estado como verdadeiro administrador dos dados de seus cidadãos.⁹⁵

Na década de 1970, surgem as primeiras leis com o objetivo de tutelar os dados pessoais. Entre as de maior destaque, pode-se citar a Lei do *Land*, uma iniciativa alemã que cria uma autoridade para a proteção de dados pessoais; a primeira lei nacional de proteção de dados, promulgada na Suécia: o Estatuto para banco de dados de 1973; e o *Privacy Act* norte-americano de 1974.⁹⁶ Todas essas iniciativas tinham como objetivo proteger direitos e liberdades fundamentais perante a coleta desenfreada de dados pessoais, a qual na época era prioritariamente feita pelo Estado.⁹⁷ Designam-se tais iniciativas como a primeira geração de leis de dados pessoais, baseada na classificação proposta por Mayer-Schönberger.⁹⁸

Tendo como núcleo central dessas leis a concessão de autorização para a criação de bancos de dados e o controle posterior de órgãos públicos, tal entendimento perdura até 1977, quando, na Alemanha, foi proferida a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais: a *Bundesdatenschutzgesetz*.⁹⁹

A segunda geração de leis sobre proteção de dados surge ao final da década de 1970, tendo como principal diferença a sua estrutura, já que não estava mais centrada no fenômeno computacional em si, mas, sim, baseada na privacidade e na proteção de dados pessoais como uma liberdade negativa.¹⁰⁰ Como representantes dessa geração de leis podem-se citar a lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, *Informatique et Libertés*, a lei austríaca, e as constituições portuguesa e espanhola.¹⁰¹

Tais leis refletiam a insatisfação dos cidadãos pela utilização de seus dados por terceiros e a dificuldade de controle que possuíam. Assim, criou-se uma forma de fornecer instrumentos que possibilitassem ao titular de dados identificarem o uso

⁹⁵ DONEDA, op. cit., 2006, p. 206.

⁹⁶ Ibid., p. 207.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid., p. 208.

¹⁰⁰ Ibid., p. 209.

¹⁰¹ Ibid.

indevido de suas informações e propor a sua tutela.¹⁰² Ocorre que os problemas perduravam, já que o fornecimento de dados pessoais dos indivíduos havia se tornado um requisito para a vida social.¹⁰³

Em resposta a essas dificuldades, surgem as leis de terceira geração na década de 1980. Com elas, objetiva-se “abranger mais do que a liberdade de fornecer ou não seus dados pessoais, preocupando-se também em garantir a efetividade dessa liberdade”.¹⁰⁴ O marco dessas leis foi a famosa e já referida decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a Lei do Censo, que desencadeou “emendas às leis de proteção de dados na Alemanha e Áustria, além de leis específicas na Noruega e na Finlândia.”¹⁰⁵

Neste sentido, reforça Doneda:

A autodeterminação informativa, de fato, surgiu basicamente como uma extensão das liberdades presentes nas leis de segunda geração, e são várias as mudanças específicas neste sentido que podem ser identificadas na estrutura destas novas leis. O tratamento de dados pessoais era visto como um processo, que não se encerrava na simples permissão ou não da pessoa para a utilização de seus dados pessoais, porém procurava fazer com que a pessoa participasse consciente e ativamente nas fases sucessivas do processo de tratamento e utilização de sua própria informação por terceiros; [...].¹⁰⁶

Com o tempo, percebeu-se que a autodeterminação informativa ainda era privilégio de uma minoria e, neste contexto, surgem as leis de quarta geração, que existem hoje em vários países.¹⁰⁷

Tais leis buscam suprir desvantagens do enfoque individual dado anteriormente, demonstrando que a tutela de dados pessoais não pode estar baseada exclusivamente na escolha do indivíduo, necessitando uma elevação dessa tutela para uma proteção coletiva. O papel do indivíduo se fortalece perante as entidades de coleta, além de disseminar o papel de autoridades independentes para atuação da lei. Volta-se para resultados concretos que busquem a proteção de princípios existentes nas leis de proteção de dados pessoais, objetivando-se a

¹⁰² DONEDA, op. cit., 2006, p. 210.

¹⁰³ Ibid., p. 210.

¹⁰⁴ Ibid., p. 211.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid., p. 212.

¹⁰⁷ Ibid.

proteção do indivíduo em seu *corpo eletrônico*, como titular do direito fundamental.¹⁰⁸

Esta “cidadania do novo milênio”, que busca tutelar não só o corpo físico, mas também o corpo eletrônico está constantemente sendo desgastada ou desconsiderada diante dos interesses de segurança e da lógica de mercado.¹⁰⁹ O fato é que, da mesma forma que se tutela a inviolabilidade do corpo humano, deve-se tutelar o corpo eletrônico, devendo a inviolabilidade ser reprogramada quando interpretada nos dias de hoje, dando o devido reforço à dimensão eletrônica e afastando qualquer possibilidade de reducionismo.¹¹⁰

Mas será que se está diante da morte da privacidade? Esta é uma pergunta que ronda e assola muitos pesquisadores há mais de trinta anos. Hoje esta problemática saiu dos livros acadêmicos e encontra-se na esfera do cotidiano, mas de fato o que se percebe é que se tem uma verdadeira alteração do conceito de privacidade e como se encara tal problemática.¹¹¹

Os interesses de mercado assumem papel relevante na sociedade da informação e acabam impactando os direitos fundamentais, sendo esse um dos grandes conflitos do milênio.¹¹² O que se busca com a proteção dos dados pessoais e, portanto, a preservação do indivíduo, nada mais é do que garantir a sua igualdade perante os demais e não enaltecer a sua solidão. O paradoxo da privacidade está justamente aí: expor-se com o direito de controlar a informação em qualquer momento e em qualquer lugar pela autodeterminação informativa.¹¹³

Justamente baseada nesse conceito a proteção de dados pessoais sensíveis se faz tão necessária, ainda mais quando falamos de dados relativos a opiniões políticas ou sindicais, por exemplo. O objetivo de um reforço de tutela não está em manter tais informações em sigilo ou reservadas, mas, sim, em expô-las de forma segura. Busca-se preservar a possibilidade de exercer plenamente a vida civil

¹⁰⁸ DONEDA, op. cit., 2006, p. 213.

¹⁰⁹ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 18.

¹¹⁰ Ibid., p. 19.

¹¹¹ Ibid., p. 142-143.

¹¹² Ibid., p. 144.

¹¹³ Ibid., p. 144-145.

e política, sem risco de gerar qualquer tipo de discriminação ou classificação sobre as informações expostas.¹¹⁴

Nesta cidadania que não respeita mais as fronteiras dos Estados, “a privacidade, neste seu significado mais amplo, constitui um elemento fundamental da cidadania da nossa época, da ‘cidadania eletrônica’”.¹¹⁵

Ressalta-se que a grande discussão que se vive não se foca na tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais de forma ampla e completa, mas, sim, na ênfase que hoje se dá ao comércio eletrônico, transformando o cidadão em um verdadeiro cidadão consumidor. A cidadania eletrônica diz muito mais do que isso.¹¹⁶

A cidadania eletrônica diz respeito à democracia, diz respeito ao não transformar o cidadão em uma mercadoria e mostra a necessidade de enfrentar-se os novos desafios propostos pela sociedade da informação. Devem-se enaltecer as novas tecnologias focadas em disseminar o conhecimento por parte dos cidadãos e não favorecer a uma ardilosa e refinada manipulação.¹¹⁷

Afinal, ao mesmo tempo em que se convive na internet com uma ilimitada liberdade, acompanha-se a mudança para um espaço comercial, o qual se torna palco de um cidadão consumidor. Diante disso, a concorrência não pode assumir o papel de força motriz desse ambiente, já que o valor social mais forte deve permanecer centrado nos direitos fundamentais baseados no direito de escolha e no respeito à dignidade da pessoa humana.¹¹⁸

As premissas para a *democracy by initiative* trazidas por Stefano Rodotà estão em um ambiente de acesso igualitário a esse novo “espaço público”, dando condições a uma convivência paritária na rede. Tal premissa está fortemente embasada em mínimas condições, como alfabetização, conectividade, direito de acesso e, principalmente, massa crítica para acessar e entender a imensidão de informações disponíveis, buscando um fortalecimento social.¹¹⁹

¹¹⁴ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 145.

¹¹⁵ Ibid., p. 145.

¹¹⁶ Ibid., p. 158.

¹¹⁷ Ibid., p. 158-162.

¹¹⁸ Ibid., p. 162-163.

¹¹⁹ Ibid., p. 163.

Neste contexto, diz Rodotà:

Para colhermos todas as oportunidades do novo mundo no qual já nos encontramos, são necessárias políticas públicas adequadas, instituições concebidas com a consciência de que as tecnologias suprimem as noções de tempo e espaço e, portanto, tornam vãs as pretensões de proteção dentro dos velhos confins nacionais. Está nascendo uma nova forma de cidadania, mas deve nascer também uma nova ideia de soberania.¹²⁰

O ponto alto da discussão reside na questão de que a internet é um grande espaço público, o qual deve ser considerado como um espaço constitucional, pleno de garantias e capaz de resguardar os usuários das tradicionais lógicas de segurança e controle.¹²¹

A sociedade em rede não pode se transformar em um espaço exclusivamente comercial, no qual os direitos estão pautados apenas pelas trocas de bens de serviço. Bem pelo contrário!¹²² O que se pretende é que os direitos sejam exercidos de forma ampla e que a Internet seja espaço de livre formação da personalidade, por meio da liberdade de expressão, associação e de verdadeira realização cívica, inclusive proporcionando novas formas de democracia.¹²³

A “cidadania do novo milênio” diz muito mais do que um repensar tecnológico ou de uma promessa tecnológica. O que se faz necessário é um repensar sobre as formas de controle e vigilância, já que as novas tecnologias dizem respeito tanto à dispersão do poder soberano estatal, quanto à evidente centralização quando analisadas sob a ótica da vigilância total.¹²⁴

Justamente com base nessa atualizada concepção de cidadania, faz-se necessário consolidarem-se os direitos dos titulares de dados, sendo para tanto imprescindível o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Por meio do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o indivíduo poderá exercer o papel central na relação entre poder e informação, tornando-se protagonista e não mais coadjuvante.

¹²⁰ RODOTÁ, op. cit., 2008, p. 163.

¹²¹ Ibid., p.168-169.

¹²² Ibid., p. 169.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid., p. 193.

Para tanto, pretende-se explorar no segundo capítulo do presente trabalho, a viabilidade de aplicação do legítimo interesse como base legal em um sistema normativo lastreado pelo direito fundamental à proteção de dados pessoais. Pelo reconhecimento desse direito fundamental, buscar-se-á demonstrar sua importância e influência nas normativas europeia e brasileira e a sua repercussão na aplicabilidade do legítimo interesse como base legal de tratamento de dados.

3 OS LIMITES E O ALCANCE DO LEGÍTIMO INTERESSE EM SUA APLICAÇÃO

Os novos rumos trazidos pela sociedade da informação acarretaram grandes impactos nas estruturas de poder. Conforme já mencionado, surge uma nova matéria-prima nessa nova sociedade: os dados pessoais. As relações sociais alteram-se, e o poder encontra-se diretamente vinculado à posse de informações.

Pelos dados pessoais o *Big Data*¹²⁵ constitui-se, sendo o êxtase do processo de mineração de dados, pois por meio dessa tecnologia possibilita-se que um volume descomunal de dados seja estruturado e analisado para as mais variadas finalidades.¹²⁶

A partir do momento que pelo *Big Data* se possibilita a análise de dados não mais em pequenas quantidades, mas no todo de sua extensão, torna-se possível cruzar uma série de informações, formatando-se padrões e até mesmo probabilidades de acontecimentos futuros.¹²⁷

Diante disso, utilizam-se probabilidades das mais variadas formas, como no *marketing*, por exemplo, aumentando o nível de conversão de propagandas direcionadas. Por meio dessas correlações, revelam-se padrões que se tornam o grande diamante dessa nova economia, já que por meio deles a conexão com o público se efetiva de forma muito mais precisa, direta e assertiva.

¹²⁵ Conceito extraído do Wikipédia sobre Big Data: Big Data é a área do conhecimento que estuda como tratar, analisar e obter informações a partir de conjuntos de dados grandes demais para serem analisados por sistemas tradicionais. Ao longo das últimas décadas, a quantidade de dados gerados tem crescido de forma exponencial. O surgimento da Internet aumentou de forma abrupta a quantidade de dados produzidos, e a popularização da Internet das coisas fez sairmos da era do terabyte para o petabyte. Em 2015, entramos na era do zetabytes, e atualmente geramos mais de 2,5 quintilhões de bytes diariamente. O termo Big Data surgiu em 1997 e seu uso foi utilizado para nomear essa quantidade cada vez mais crescente e não estruturada de dados sendo gerados a cada segundo. Atualmente o big data é essencial nas relações econômicas e sociais e representou uma evolução nos sistemas de negócio e na ciência. As ferramentas de big data são de grande importância na definição de estratégias de marketing, aumentar a produtividade, reduzir custos e tomar decisões mais inteligentes. A essência do conceito está em gerar valor para negócios. No que tange a ciência, o surgimento do big data representou a criação de um novo paradigma (4º paradigma) sendo concebido um novo método de avançar as fronteiras do conhecimento, por meio de novas tecnologias para coletar, manipular, analisar e exibir dados, construindo valor agregado com as análises geradas. Extraído do site Wikipédia. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data#Definição. Acesso em: 05 out. 2019.

¹²⁶ BIONI, op. cit., 2019, p. 39.

¹²⁷ Ibid., p. 41.

Diante dessa mudança de paradigma tecnológico, o direito fundamental à proteção de dados pessoais assume papel de destaque. Como mencionado no capítulo anterior, mais do que o reconhecimento desse direito, evidencia-se a necessidade de que os desafios dessa nova sociedade sejam verdadeiramente entendidos, o que se pretendeu demonstrar pela análise dos três paradoxos da “fortaleza eletrônica” de Rodotà.

Por essa análise que se entende o novo papel do cidadão como titular de dados pessoais e de detentor do poder e controle sobre eles. Essa reviravolta social aponta para uma nova cidadania, na qual o titular de dados exerce o papel de dono da informação e, acima de tudo, ampara-se nos direitos e nas garantias previstos no ordenamento para isso.

Ao transporem-se tais conceitos para a leitura da Lei Geral de Proteção de Dados, o legítimo interesse encontra-se previsto no artigo 7º, IX, o qual menciona que, quando necessário o tratamento de dados pessoais, poderá ocorrer para atender os interesses legítimos do controlador ou de terceiro, desde que não infrinjam direitos e liberdades fundamentais dos titulares.¹²⁸

Como já adiantado, percebe-se uma dificuldade de aplicação dessa base legal, o que se evidenciou ao longo da vigência da diretiva europeia, já que não houve uma aplicação harmônica do legítimo interesse.¹²⁹ Tal problemática constata-se em virtude da dificuldade de aplicação de cláusulas gerais, ainda mais quando se vivencia uma sociedade da informação.

Uma das características marcantes da sociedade da informação é a sua velocidade, seu dinamismo e sua instabilidade, características que reforçam o processo de constante transformação. Associa-se a isso a dificuldade acima exposta da vagueza normativa das cláusulas gerais; assim nasce a aplicabilidade do legítimo interesse.

Ainda, não se pode desconsiderar que a LGPD se trata de uma legislação inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais europeu, alicerçado em uma cultura absolutamente distinta da brasileira e, principalmente,

¹²⁸ Lei 13.709, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709. Acessado em: 05 out. 2019.

¹²⁹ BIONI, op. cit., 2019, p. 249.

com uma história sobre privacidade e proteção de dados bem mais extensa. Tal histórico também reflete diretamente na interpretação dada ao legítimo interesse pela Europa e o que se pode esperar que venha a acontecer no Brasil.

Essa problemática para a aplicabilidade do legítimo interesse no ordenamento brasileiro é o que se pretende enfrentar nos próximos itens deste trabalho.

3.1 Breves considerações sobre o direito fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica do legítimo interesse

Analisando a “progressão geracional” das leis de proteção de dados, exposta anteriormente, identifica-se uma tendência rumo à consolidação de alguns princípios básicos presentes nas legislações de proteção de dados pessoais e sua vinculação com a proteção da pessoa e dos direitos fundamentais.¹³⁰

Neste sentido, menciona Danilo Doneda:

Tais regras, de caráter marcadamente procedimental, apresentaram um conjunto de medidas que passou a ser encontrado em várias normativas sobre proteção de dados pessoais, às quais se passou a referir como Fair Information Principles. Esse “núcleo comum” encontrou expressão como um conjunto de princípios a serem aplicados na proteção de dados pessoais principalmente com a Convenção de Strasbourg e nas Guidelines da OCDE, no início da década de 1980.¹³¹

Como menciona Doneda, passa-se a adotar um “núcleo comum” de princípios, os quais podem ser sintetizados em: princípio da publicidade, exatidão, finalidade, livre acesso, segurança física e lógica.¹³² Nesse sentido, o autor menciona que tais princípios formam a:

[...] espinha dorsal das diversas leis, tratados, convenções ou acordos entre privados em matéria de proteção de dados pessoais, formando o núcleo das questões com as quais o ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da Proteção dos dados pessoais.¹³³

¹³⁰ DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011, p. 98.

¹³¹ Ibid., p. 100.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid., p. 101.

A aplicação de tais princípios leva à autonomia da proteção de dados pessoais e conseqüentemente a sua aplicação como direito fundamental. Tal tendência já foi adotada por muitos países, entre eles Espanha e Portugal, os quais incluíram dispositivos destinados a afrontar problemas provenientes da informática.¹³⁴

Ainda assim, a Convenção de Strasburgo é considerada como o principal marco quando se fala sobre proteção de dados pessoais sob a ótica dos direitos fundamentais. A proteção de dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sendo pressuposto para o Estado democrático de direito e, conseqüentemente, vinculado ao artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.¹³⁵

Atualmente, a proteção de dados pessoais como um direito autônomo e fundamental se estrutura no ordenamento brasileiro com base na consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade “à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada”.¹³⁶

No artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, fala-se, especificamente, que são invioláveis a intimidade e a vida privada.¹³⁷ O desdobramento desse importante entendimento deu origem à recente Proposta de Emenda à Constituição Federal n. 17, de 2019, a qual tem como objetivo acrescentar o inciso XII-A ao art. 5º, e o inciso XXX ao art. 22 da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria.¹³⁸ Atualmente, a PEC encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados desde 3 de julho de 2019.

Assim, a proteção de dados pessoais é enfrentada pela Constituição Federal mediante a problemática da informação, garantindo a liberdade de expressão¹³⁹ e

¹³⁴ DONEDA, op. Cit., 2011, p. 101.

¹³⁵ Ibid., p. 102.

¹³⁶ Ibid., p. 103.

¹³⁷ Constituição Federal/1988 - Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹³⁸ Veja a proposta na íntegra. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 10 out. 2019.

¹³⁹ Constituição Federal/1988 - Artigo 5º, IX e artigo.

direito à informação¹⁴⁰ que deverão ser contrapostos ao direito à proteção da personalidade e direito à privacidade. Além disso, a Constituição também garante e protege a vida privada e a intimidade, conforme o artigo 5º, X, bem como institui a ação de *habeas data*, artigo 5º, LXXII, que garante o direito de acesso e retificação dos dados pessoais.¹⁴¹

Além dos dispositivos constitucionais, o ordenamento brasileiro também faz referência ao tema na legislação infraconstitucional, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu artigo 43, o qual garante uma série de garantias ao consumidor em relação às suas informações pessoais nos “bancos de dados e cadastros”, o qual inclusive é considerado como marco normativo dos princípios de dados pessoais no direito brasileiro.¹⁴²

Além do CDC, pode-se mencionar a Lei do Cadastro Positivo, Lei n. 12.414/2011, que veio com o objetivo de disciplinar a formação de bancos de dados sob um conjunto de dados relativos às operações financeiras; o Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014, que inaugurou uma normativa específica para os direitos e garantias do cidadão nas relações ocorridas na Internet; e, por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n. 13.709/2018, que, após quase uma década de debates, foi finalmente aprovada em agosto de 2018.¹⁴³

Todo esse movimento reforça o direito à proteção de dados pessoais, como muito bem mencionado por Laura Mendes:

O âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais pode ser concebido em uma dupla dimensão: ele consiste, ao mesmo tempo, (i) na proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e (ii) na atribuição do indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.¹⁴⁴

Na dimensão subjetiva, evidencia-se que o direito fundamental à proteção de dados se apresenta como um direito de defesa, o qual garante ao indivíduo um espaço de liberdade e privacidade, não sujeito a intervenções estatais. O controle do

¹⁴⁰ Constituição Federal/1988 - Art. 5., XIV; art. 220; incluindo o direito ao recebimento de informações de interesse coletivo ou particular dos órgãos públicos (art. 5., XXXIII), bem como o direito à obtenção de certidões de repartições públicas (art. 5., XXXIV).

¹⁴¹ DONEDA, op. cit., 2011, p. 103.

¹⁴² Ibid., p. 103.

¹⁴³ BIONI, op. cit., 2019, p. 128-132.

¹⁴⁴ MENDES, op. cit., 2014, p. 176.

titular de dados é um aspecto essencial da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais.¹⁴⁵

É importante destacar que esse controle não é absoluto e também tem limitação, tanto pelo interesse público como pelos direitos de terceiros. Por outro lado, as restrições legais impostas a esse direito não podem acarretar a sua eliminação, a ponto de ser considerado inconstitucional.

As limitações impostas aos direitos fundamentais são aplicadas pelo princípio da proporcionalidade, que age como direcionador de medidas restritivas dos direitos fundamentais.¹⁴⁶ Como ensina Ingo Sarlet, em seu referencial livro *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, “o princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”.¹⁴⁷

Por outro lado, admite-se também, a proibição de insuficiência, no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado. Diante disso, admite-se que o princípio da proporcionalidade tem uma *dupla face*, atuando tanto no controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, como no controle de omissão do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.¹⁴⁸

Atualmente, entende-se que seria possível formular um núcleo fundamental desse direito com base no conceito de dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da intimidade, “à luz do conceito de que nenhum indivíduo deve ser submetido a uma coleta, processamento e circulação de seus dados pessoais ilimitada”.¹⁴⁹

Tal entendimento encontra-se embasado no conceito de dignidade da pessoa humana, trazido por Ingo Sarlet, o qual conceitua como:

(...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste

¹⁴⁵ MENDES, op. cit., 2014, p. 176-177.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 415.

¹⁴⁷ Ibid., p. 415.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ MENDES, op. cit., 2014, p. 178.

sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁵⁰

Dessa forma, partindo-se do conceito de dignidade da pessoa humana acima exposto, o titular de dados precisa ter o poder de controlar e de gerir todos os seus dados pessoais, não podendo submeter-se a um tratamento descontrolado de suas informações sob pena de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Ou seja, essa identidade digital diz muito sobre todo e qualquer indivíduo e, por isso, precisa ser respeitada e preservada.

Na dimensão objetiva, extrai-se que há necessidade de o legislador estabelecer as condições e os procedimentos de exercício do direito, assim como mecanismos de proteção nas relações privadas. Pressupõe-se, portanto, uma ação positiva do Estado, sem o qual tal direito perderia sua eficácia.¹⁵¹

O resultado dessa equação agrava-se quando considerado dentro da atual sociedade da informação na qual se vive. A importância de políticas públicas de proteção de dados pessoais em um Estado democrático de direito é imensurável, ainda mais perante a íntima relação entre liberdade, privacidade e dignidade.¹⁵²

A atual conjuntura reforça a importância de uma tutela efetiva aos dados pessoais, o que foi tangibilizado pela recente aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n. 13.709, de agosto de 2018. Tal legislação tem por objetivo regular a proteção de dados pessoais no Brasil, garantindo a privacidade e a intimidade dos indivíduos, norteadas pelos princípios, direitos e deveres que tutelam o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, a eficácia dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas quanto privadas, atua como limite objetivo. O conteúdo da dignidade enuncia a compreensão de que o indivíduo é um fim em si mesmo, vedando-se a sua instrumentalização, o qual não pode ser tratado como meio para a consecução de objetivos ou metas de natureza coletiva.

¹⁵⁰ SARLET, op. cit., 2015, p. 70-71.

¹⁵¹ MENDES, op. cit., 2014, p. 179.

¹⁵² RUARO; MAÑAS; MOLINARO (Orgs.), op. cit., 2017, p. 25.

Dentro deste contexto e cenário é que nasce a Nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, focada em retornar o controle às mãos dos verdadeiros donos, os titulares dos dados. Assim, muito mais do que protagonistas nessa retomada de poder, os titulares encontram-se amparados por um gama de direitos previstos nesta legislação, os quais pretendem dar efetividade e garantias a estes indivíduos.

Vale ressaltar que a inobservância dos direitos fundamentais implica a ruptura das legítimas expectativas dos cidadãos, exigida pela sociedade que vivemos e reforçada por tal legislação brasileira, a qual está baseada na boa-fé e em dez princípios norteadores do tratamento de dados pessoais previsto no artigo 6º da LGPD.

Seguindo-se nesta análise, identifica-se que a LGPD trouxe expressamente as hipóteses em que se poderá realizar o tratamento de dados pessoais, estando todas previstas no artigo 7º dessa legislação. O objetivo aqui pretendido foi delimitar o escopo para o tratamento de dados pessoais e, principalmente, vinculá-lo a uma base legal que o legitime. Sem tal vinculação, o titular de dados perderia o controle sobre as informações tratadas, assim como a legitimidade desse tratamento.

Apronfundando a análise das dez bases legais listadas, historicamente¹⁵³ identifica-se que uma delas é encarada como a mais flexível, a mais abrangente e, portanto, a mais arriscada: o legítimo interesse.

Identifica-se que tal base legal serviria como uma válvula de escape para as demais, podendo assumir um papel muito dilatado e gerando eventuais riscos aos direitos dos titulares. Além disso, sua relevância aumentou diante da emergência de novas tecnologias e em uma economia baseada no uso indiscriminado de dados.¹⁵⁴

O risco de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais torna-se mais evidente quando o tratamento dos dados está amparado por essa base legal, uma vez que os titulares não autorizam de forma expressa a utilização de suas informações. Parte-se da premissa que tais informações serão utilizadas dentro dos legítimos interesses do controlador e de terceiros, sem, em contrapartida,

¹⁵³ Veja-se que a discussão sobre a aplicabilidade do legítimo interesse sob a ótica de sua flexibilidade já vinha sendo debatida desde abril de 2014, na opinião emitida pelo Artigo 29 Working Group ainda sob a égide da Diretiva 95/46/EC. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 01 out. 2019.

¹⁵⁴ BIONI, op. cit., 2019, p. 249.

ferir direitos e liberdades individuais. Esta análise que se iniciará a partir daqui e será objeto de pesquisa no presente capítulo.

3.2 O Legítimo Interesse como Viabilizador do Tratamento de Dados pessoais

Como já mencionado anteriormente, o legítimo interesse tem sido encarado como a base legal mais flexível para legitimar o tratamento de dados pessoais no regime do direito comunitário europeu, sendo considerado uma *carta em branco* quando comparado com as demais bases legais.¹⁵⁵

Esta problemática na aplicabilidade do legítimo interesse encontra-se latente ao analisar-se a lei brasileira de proteção de dados, por duas razões: a primeira delas evidencia-se pelo termo “legítimo interesse” ser uma cláusula geral, que carrega uma ausência de precisão em sua aplicação; a segunda encontra-se no fato de que a legislação brasileira foi extremamente inspirada na legislação europeia e, dessa forma, traz consigo as mesmas dificuldades lá vivenciadas, inclusive em relação à base legal.

O ponto nevrálgico desta discussão e da aplicabilidade do legítimo interesse está justamente no balanceamento entre os direitos dos titulares e os direitos de quem faz uso das informações. Ou seja, o legítimo interesse não pode afetar o direito fundamental do titular dos dados pessoais, a ponto de invalidar a sua aplicação.

A possibilidade de compatibilizar esses dois eixos e o desafio de uma aplicação equilibrada dessa base legal é o tema central desta pesquisa e a que se pretende responder nos próximos pontos apresentados.

3.3 A problemática das cláusulas gerais na sociedade da informação

Antes de iniciar-se a análise proposta, fazem-se necessárias algumas considerações. De longe, pretende-se exaurir o tema aqui intitulado, já que por si só poderia ser tema central do trabalho. O que se pretende é, de uma breve análise sobre as cláusulas gerais, transpor tais conceitos à aplicabilidade do legítimo

¹⁵⁵ BIONI, op. cit., 2019, p. 248.

interesse e interpretá-los à luz do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

Esta análise conceitual é de suma importância para os desdobramentos que a aplicabilidade do legítimo interesse tem, tanto no ordenamento europeu, quanto no brasileiro. Por si só a expressão “legítimo interesse” já carrega forte carga semântica além de uma valoração cultural e histórica característica do ordenamento em que está inserida.

Superadas estas considerações, inicia-se a pesquisa pela origem do termo “cláusula geral”, que Judith Martins-Costa esclarece:

A expressão “cláusula geral” vem do alemão *Generalklauseln*. Em seu ambiente de origem, indica, pelo mínimo, *uma estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese*, isto é, cujo conteúdo não é previamente descrito.¹⁵⁶ (grifo nosso)

A origem da expressão em muito já adianta a problemática em torno da aplicação das cláusulas gerais no ordenamento jurídico. Essas normas¹⁵⁷ caracterizadas pela sua vagueza semântica, apresentam zonas de penumbra, ou seja, “seu uso apresenta-se além de hipóteses centrais e não controversas”¹⁵⁸, são os chamados “casos-limite”.¹⁵⁹

Os casos-limite podem ser entendidos como aqueles que compreendem as zonas de penumbra e que geram divergência sobre a sua aplicação ou não à cláusula geral. Por meio deles evidencia-se a polaridade dialética que traduz todo o Direito e demonstra a necessidade de certeza e precisão por um lado; e, por outro, a necessidade de vagueza ou alguma imprecisão, a qual permitirá a aplicação das cláusulas gerais às situações novas e até então não previstas pelo legislador.¹⁶⁰

Não há dúvidas de que os enunciados baseados em conceitos indeterminados possibilitam uma abertura às mudanças de valoração e, com isso, uma aplicabilidade mais efetiva diante das concepções éticas e sociais vigentes à

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 135.

¹⁵⁷ Expressão utilizada por Judith Martins-Costa quando assim menciona: “Não constitui um paradoxo afirmar que as cláusulas gerais não são gerais. Também não são necessariamente genéricas, ambíguas, ou obscuras: são, modo geral, normas vagas.”

¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 149.

¹⁵⁹ LUZZATTI, Cláudio. La Vaghezza dele Norme – Um’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giuffrè, 1990, p. 5. In: MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 149.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 152.

época. As cláusulas gerais, em especial, caracterizam-se pela necessidade de adição da consequência devida quando interpretadas, já que “estruturas normativas parcialmente em branco”¹⁶¹.

A interpretação que aqui se exige é mais complexa, pois abrange além da norma em si, já que engloba o sistema jurídico como um todo. Reporta-se ao livro *A interpretação sistemática do direito* de autoria de Juarez Freitas, no qual o autor menciona a importância do sistema jurídico ser interpretado como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos”¹⁶² mediante os quais se efetivará o Estado Democrático.

Ou seja, somente por uma leitura sistemática do direito se alcançará o propósito efetivo do ordenamento jurídico, o qual se organiza como uma teia de proposições que vão ditando a aplicação e interpretação das regras. Esse, sem dúvida, é um importante passo para a leitura e interpretação das cláusulas gerais, já que imersas nesta vagueza semântica.

Veja-se que há uma grande importância do intérprete na aplicação das cláusulas gerais, já que compete a este a adição da consequência devida.¹⁶³ Porém a valoração e a determinação dessas cláusulas as ocorre por meio do caso concreto. Pela análise do caso concreto, ou de um grupo de casos considerados emblemáticos que se constrói a relação dialética entre o sistema e o problema, pelas idas e vindas do abstrato para o geral.¹⁶⁴ Nesse balanço dialético se constroem os modelos de aplicabilidade das cláusulas gerais mediante os *standarts* comportamentais reconhecidos.

¹⁶¹ Importante valer-se dos ensinamentos de Judith Martins-Costa quando trata deste tema: “De fato, as cláusulas gerais constituem estruturas normativas parcialmente em branco, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajudiciais, ou a regras dispostas em outros <<loci>> do sistema jurídico. A sua concretização exige, conseqüentemente que o julgador seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão descritos na própria cláusula geral embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta”. In: MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 158-159.

¹⁶² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 158.

¹⁶⁴ Ibid., p. 172.

Seguindo-se por esta análise, faz necessária a distinção entre princípios e cláusulas gerais, vista a extrema polissemia que ataca o termo “princípios”. Far-se-á tal análise sob a ótica de Humberto Ávila, trazendo-se suas principais considerações para o problema aqui estudado.

Ávila propõe diferenciar princípios e regras baseado no dever imediato e mediato, que diz respeito ao critério de natureza do comportamento prescrito ou da descrição normativa, pela justificação exigida e pela pretensão de decidibilidade.¹⁶⁵ Diante desses critérios, sustenta que “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”¹⁶⁶.

Já as regras, por sua vez, “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência”.¹⁶⁷ Nessa concepção, as regras podem ser definidas como normas mediatamente finalísticas, que estabelecem indiretamente fins, que para a sua concretização estabelecem com maior precisão o comportamento esperado.¹⁶⁸

De acordo com a teoria proposta por Humberto Ávila, os princípios normativos¹⁶⁹ não descrevem objetos determináveis, mas, sim, um estado ideal das coisas. Em segundo lugar, os princípios exigem uma avaliação sobre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que se pretende promover e, por fim, eles não têm pretensão de decidibilidade, pois visam à complementariedade, já que não é a única razão para a solução do problema.¹⁷⁰

¹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 102.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 96.

¹⁶⁹ Note-se que a premissa adotada por Ávila e Martins-Costa é a de considerar “apenas os princípios que configuram proposições prescritivas de comportamentos a que estão ligados consequências, é dizer: aqueles princípios dotados de caráter normativo, e, como tal, tendo efetiva carga prescritiva (<<princípios normativos>>, ou <<princípios prescritivos>>). Diferentemente dos axiomas, aforismos, diretrizes, bricardos, recomendações, súmulas, sínteses indicadoras de ratio de determinado instituto, causa geradora, finalidade, propósito, ou verdade ética inquestionável – também nomeados indistintamente como <<princípios jurídicos>> - apenas aqueles dotados de caráter normativo é que, tendo o atributo da prescritividade, tem o poder de incidir e, assim, vincular as condutas a que se referem.” *In*: MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 165.

¹⁷⁰ ÁVILA, op. cit., 2016, p. 107.

Partindo-se desta leitura, a proximidade entre princípios normativos e cláusulas gerais ainda não permite uma distinção clara, sendo precisa a definição trazida por Martins-Costa que assim ensina:

A confusão entre princípios e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de um dispositivo que configure cláusula geral estar referida a um princípio, *reenviando ao valor que este exprime* [...].¹⁷¹

Distinguem-se, portanto, princípios normativos e cláusulas gerais por as cláusulas gerais basearem-se em consequências (destituições) que se formam mediante a análise do caso concreto, enquanto os princípios já estarem estabelecidos de modo geral e abstrato¹⁷²; e, enquanto nos princípios o julgador deve argumentar para formar a relação de correção denominada por Ávila¹⁷³, nas cláusulas gerais, o julgador traça uma relação de correspondência entre o fato e a descrição normativa, o estado almejado das coisas.¹⁷⁴

A partir daí, tendo em vista que não há no enunciado uma descrição do comportamento, haverá a necessidade de especificar a hipótese através do processo de reenvio, já mencionado anteriormente. Através deste processo de reenvio que se estabelecerá a consequência mediante uma análise sistemática do ordenamento jurídico.¹⁷⁵

Como muito bem resume Clóvis do Couto e Silva:

As máximas que penetram pela cláusula geral no corpo do direito público e privada encontra-se em certos princípios constitucionais, nas concepções culturais claramente definidas e susceptíveis de serem objetivadas, na natureza das coisas e na doutrina e julgados acolhidos.¹⁷⁶

Neste sentido, o dever que surge em relação à base legal do legítimo interesse como legitimadora do tratamento de dados pessoais vem carregado de grande força sistêmica. Torna-se necessário o balanceamento entre os legítimos interesses do controlador dos dados e os direitos e liberdades fundamentais dos

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 171.

¹⁷² Ibid., p. 171.

¹⁷³ ÁVILA, op. cit., 2016, p. 98.

¹⁷⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 171-172.

¹⁷⁵ Ibid., p. 172.

¹⁷⁶ SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo. Reimpressão**. Rio de Janeiro: editora FGV, 2006, p. 32.

titulares, o que somente ocorrerá com a reiterada e contínua aplicação aos casos concretos.

Por meio desse constante exercício de aplicabilidade que o limite e o alcance do legítimo interesse se consolidará, já que o objeto do reenvio feito pela cláusula geral consiste justamente na concretização das pautas de valoração do caso concreto.

Além disso, este importante processo de reenvio também é responsável pela abertura e pela mobilidade do sistema jurídico, propiciando seu progresso, mesmo que ausente, uma inovação legislativa.¹⁷⁷ Neste sentido, Menezes de Cordeiro menciona que “o Direito, no que surge já como lugar comum, está sujeito às modificações sociais; ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”.¹⁷⁸

Trazendo esta leitura para a vivenciada sociedade da informação, a qual possui uma força dinâmica e inovadora já mencionada, faz-se necessário que o arcabouço jurídico também acompanhe essas inovações e as traduza em sua aplicação. As cláusulas gerais são meio hábil de proporcionar tais evoluções, pois permitem a sua constante e flexível tradução dos valores culturalmente aceitos no momento de sua aplicabilidade, o que se torna ainda mais necessário quando se fala de um tema diretamente vinculado à tecnologia, como é o caso da proteção de dados.

Para que uma legislação seja aplicável e perdure no tempo, é indispensável que alguns conceitos abertos sejam trazidos. A própria LGPD deixa claro isso ao mencionar que, em relação ao tratamento de dados anonimizados, serão considerados meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento.¹⁷⁹ Ou seja, evidencia-se que daqui a alguns anos, por exemplo, os meios técnicos razoáveis para manter um nível de segurança mínimo em relação aos dados anonimizados certamente serão outros dos que os de agora previstos.

¹⁷⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 174.

¹⁷⁸ MENEZES DE CORDEIRO, António Manuel. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 46.

¹⁷⁹ Art. 5º - Para os fins desta Lei, considera-se: III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acessado em: 07 out. 2019.

Quando se analisa uma legislação que aborda tecnologia e propõe-se a regular a proteção de dados na sociedade da informação, torna-se imprescindível esse tipo de técnica legislativa, pois do contrário a legislação já nasceria morta.

Ao analisar-se o legítimo interesse, a problemática não se altera. Conclui-se que o legítimo interesse pode sofrer adaptações pelo tempo, pela análise de casos concretos e pela própria tecnologia disponível. O que se enquadra como legítimo interesse hoje pode não mais se enquadrar amanhã e vice-versa. Por isso que a aplicabilidade da base legal dependerá dos movimentos de reenvio, os quais com o tempo trarão a estabilidade pretendida.

As cláusulas gerais têm esse atributo, pois têm uma função de estabilização. Para tanto, requer-se, todavia, “uma dogmática firmemente ancorada, tornando estáveis algumas conclusões para o intérprete, e, assim, viabilizando consenso acerca do significado dos enunciados”.¹⁸⁰

O mais conhecido de todos os exemplos está na cláusula geral da boa-fé, prevista nos artigos 187 e 422¹⁸¹ do Código Civil, que inicialmente gerou certa inquietude por sua linguagem confusa ou não precisa. Com o passar do tempo esse conceito foi se assentando, mesmo que de forma genérica, sendo direcionado para o significado de norma comportamental direcionada aos vetores de lealdade e da confiança.¹⁸² Esse processo de estabilização consolidou-se com o passar do tempo e mediante as inúmeras recorrências ao caso concreto, o que certamente também acontecerá com o legítimo interesse.

Por essa análise recorrente e pelo reenvio ao caso concreto, a cláusula geral constrói a sua estabilização, mas também possibilita a atualização do enunciado dogmático proposto. Tal característica proporciona uma verdadeira função de progresso, capaz de atingir efeitos jamais pensados pelo legislador na sua

¹⁸⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A Construção de um Conceito de Privacidade, as Cláusulas Gerais e a Concreção de Direitos Fundamentais. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 58.

¹⁸¹ Respectivamente: 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; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acessado em: 07 out. 2019.

¹⁸² MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 179-180.

positivação. O que se está a dizer é que a função de progresso e a função da estabilização caminham juntas nas cláusulas gerais.¹⁸³

A bem da verdade, o que se espera da leitura do legítimo interesse é que ele construa uma estabilização sobre a sua linguagem imprecisa e ao mesmo tempo proporcione o progresso necessário à legislação. Como já mencionado, estamos diante de uma norma que precisa acompanhar tanto as evoluções tecnológicas quanto as evoluções das relações sociais e somente por meio de uma cláusula geral que isso seria possível.

Pela análise da origem do legítimo interesse e de sua vivência na Europa é que se poderá pensar sobre a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se que tal base legal é proveniente da Diretiva 95/46/EC que posteriormente originou o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (RGPD), legislação que inspirou a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD).

Além disso, tal base legal já foi objeto de estudo da Comissão Europeia de Proteção de Dados, então Artigo 29 Data Protection Working Party, pela Opinion 06/2014¹⁸⁴, a qual abordou a noção de interesse legítimo pelo controlador de dados.

Percebe-se que a história de um sistema jurídico é formada por empréstimos de materiais legislativos de outros sistemas jurídicos, sendo hoje uma das formas mais comuns de mudança jurídica.¹⁸⁵

O resultado disso é que atualmente quase nenhuma legislação é promulgada sem uma prévia e robusta pesquisa comparativa, o que redundaria nos conhecidos casos de transplantes jurídicos.¹⁸⁶ Esse importante fenômeno será analisado no próximo item deste trabalho, com o objetivo de auxiliar no entendimento sobre o legítimo interesse que tomamos emprestado do RGPD.

¹⁸³ MARTINS-COSTA, op. cit., 2018, p. 183.

¹⁸⁴ Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acessado em: 07 out. 2019.

¹⁸⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Duty Mitigate the Loss. Cheapest Cost Avoider. Hand Formula: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 13/2017, p. 249-279. Out/Dez/2017. DTR 2017/6872, p. 3.

¹⁸⁶ Ibid., p. 3.

3.4 As Variáveis do Transplante Jurídico e os Impactos na Aplicabilidade do Legítimo Interesse

A circulação de modelos jurídicos é fato marcante na história evolutiva dos sistemas jurídicos. Do ponto de vista histórico, três razões são apontadas como justificativas para a circulação de modelos jurídicos: a expansão militar, o fenômeno da colonização e o prestígio de um determinado modelo jurídico.¹⁸⁷

No presente trabalho, pretende-se abordar o terceiro motivo acima listado, o prestígio de um determinado modelo jurídico que justifica a sua circulação para além de suas fronteiras. Este foi exatamente o caso vivenciado entre o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira. Trata-se de uma recepção voluntária por parte do Brasil, em virtude do prestígio da Europa em matéria de proteção de dados pessoais.

Como já anteriormente mencionado, a história europeia em relação ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais vem de muitos anos atrás, sedimentada em uma cultura em que os titulares de dados pessoais exercitam seus direitos e lutam por uma transparência na utilização destes. Aqui cabe ressaltar a importância da emblemática decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a Lei do Censo, matéria já explorada no presente trabalho.

Na sociedade da informação, como já contextualizado, traz-se uma vivência global, de um mundo sem fronteiras, o qual também repercute nos sistemas jurídicos. “Em vez de se tentar reinventar a roda a cada geração e em cada espaço geográfico, procura-se inicialmente tomar conhecimento de soluções já aventadas e experimentadas”¹⁸⁸, o que torna possível e viável os transplantes jurídicos.

Contudo, o que sobressai desta discussão está na interferência ou não da cultura nessas transferências normativas legais. A partir deste ponto, surge uma corrente doutrinária que entende possível o transplante jurídico, já que não necessariamente é preciso um conhecimento pleno do sistema jurídico doador; e outra, que defende que o ambiente social pode invalidar a aplicação da norma, não sendo possíveis tais transferências.¹⁸⁹ Diante dessas considerações, trava-se um

¹⁸⁷ FACCHINI NETO, OP. CIT., 2017, p. 3.

¹⁸⁸ Ibid., p. 4.

¹⁸⁹ DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. In: **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, n. 39. 76-96, p. 80-81.

interessante debate entre Watson e Kahn-Freund, os principais representantes dessas duas correntes.

Para Kahn-Freund, a importância do ambiente social é tamanha que o próprio sentido do transplante jurídico se perderia perante essa alteração de contexto. Para que o transplante jurídico seja efetivo, deve-se considerar a natureza da sociedade que produziu a norma e a que está sendo transplantada, já que sem isso a descontextualização pode levar a uma inaplicabilidade do novo modelo jurídico transplantado.¹⁹⁰

Em sentido contrário, Watson defende que o sucesso ou não de um transplante jurídico depende da ideia que está sendo analisada, a qual se pode alterar para ser incorporada. Para ele, o contexto social e político nada tem a ver com o sucesso ou fracasso desse empréstimo legal, uma vez que focado na sua realização por si mesma.¹⁹¹

Diante de pontos de vista tão contrários, foi pelos ensinamentos de Rodolfo Sacco, que se trouxe mais clareza sobre o assunto. Segundo ele, existem diversos formatos jurídicos, como as leis, as regras prescritas pelas decisões judiciais e as proposições sobre o direito contidas nas obras da doutrina, sendo necessária uma profunda análise para que se viabilize a possibilidade do transplante.¹⁹²

Constata-se, assim, que poucos sistemas jurídicos são capazes de se tornarem exportadores, já que raros são os que têm força e prestígio que proporcionem tal movimento.¹⁹³

Para Sacco, as semelhanças culturais, sociais e econômicas são cruciais para o sucesso de um transplante jurídico, porém não são as únicas. Segundo o autor, existem dois principais motivos para as imitações jurídicas: a imposição e o prestígio.¹⁹⁴

Hoje, o desejo de apropriar-se de formatos jurídicos entendidos como bem sucedidos é o que leva sistemas jurídicos a adotarem formulações estrangeiras. A definição sobre prestígio é tautológica e nem mesmo o direito comparado conseguiu

¹⁹⁰ DUTRA, op. cit., 2001, p. 82.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid., p. 83.

¹⁹⁴ SACCO, Rodolfo. **Introdução do Direito Comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 183.

explicar o que se entende por tal definição. O fato é que esse “prestígio” é capaz de movimentar um grande número de transplantes jurídicos, já que as imposições hoje em dia são bem mais raras.¹⁹⁵

Mesmo diante dessas considerações, as discussões a respeito do tema seguem, já que cada segmento da sociedade mundial enfrenta problemas jurídicos extremamente distintos, com implicações também distintas, mesmo que possuam a mesma origem.¹⁹⁶ Neste sentido, um dos mais significativos representantes é Pierre Legrand, o qual defende de forma veemente a impossibilidade da realização de transplantes jurídicos.¹⁹⁷

Legrand menciona que “o transplante não acontece de fato: uma característica fundamental da regra – seu significado – fica para trás, de modo que a regra que estava *lá*, com efeito, não é deslocada para *cá*”.¹⁹⁸ Ou seja, as balizas culturais que auxiliaram na formulação da regra, quando forçosamente alteradas, geram uma verdadeira desconfiguração.¹⁹⁹

Ao mesmo tempo em que as ponderações de Legrand tornam-se latentes, pensar em um mundo globalizado, imerso em uma sociedade da informação e ao mesmo tempo isolado em termos jurídicos, parece um tanto distante. Graças ao mencionado debate desses dois juristas que novas perspectivas foram trazidas para superar as anteriormente estabelecidas, conectando-se com a realidade hoje vivenciada.

A proposta trazida por Frankenberg demonstra ser a mais realista para o fim aqui pretendido. Segundo o autor, há uma descontextualização dos materiais que são transplantados, já que, ao atravessarem as fronteiras, perdem suas características epistemológicas.²⁰⁰

Esse processo desenvolveu-se em três etapas: a primeira delas é a retificação, quando acontece o processo de objetivação das ideias jurídicas. Os termos perdem o seu contexto histórico e com isso transformam-se em *commodities*.

¹⁹⁵ SACCO, op. cit., 2001, p. 184.

¹⁹⁶ Ibid., p. 85.

¹⁹⁷ LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014.

¹⁹⁸ Ibid., p. 24.

¹⁹⁹ Ibid., p. 86.

²⁰⁰ DUTRA, op. cit., p. 90.

Em um segundo momento, esses materiais são transformados em meros textos, destituídos dos debates interpretativos e contextos socioculturais. Por fim, há a mais impactante e preocupante das transformações, a idealização dessas novas *commodities*, pois, por essa idealização, há um discurso sustentado na autoridade do prestígio do sistema doador do transplante, que pode acarretar um afastamento do objeto idealizado de sua realidade efetiva, camuflando o contexto do item transplantado e fornecendo apenas a versão oficial do produto.²⁰¹

Esta questão agrava-se ainda mais, quando o receptor desconhece as origens do item jurídico transferido, ignorando requisitos contextuais que são fundamentais para basilar a escolha. Tal problema evidencia-se em uma sociedade globalizada, que se baseia em escolhas superficiais e sem aprofundamento e análise do contexto social.²⁰²

Justamente aqui estaria o contraponto sobre a vivência em uma sociedade da informação. Ao mesmo tempo em que se torna impossível restringir a circulação de modelos jurídicos, é preocupante a forma que as escolhas desses transplantes vêm acontecendo, já que baseadas na superficialidade e na instantaneidade que são características deste novo modelo social.

Seguindo-se pela teoria proposta por Frankenberg, superadas as três primeiras etapas, o transplante jurídico passará pela “recontextualização”, pela qual o item será adaptado, introduzido e modificado para um novo processo de reinterpretção.²⁰³ Para o autor, esse processo corre dois sérios riscos: “reações imunológicas” do sistema receptor, caracterizadas pela não aceitação do item transplantado; ou, o mais comum, um “ajuste ineficiente” como é o caso da importação de modelos de instituições ou de doutrinas fortemente contextualizadas, que vem acontecendo com certa recorrência no Brasil.²⁰⁴

Atualmente, ao analisar-se a legislação europeia de proteção de dados, o RGPD, e a legislação brasileira sobre o tema, a LGPD, percebe-se claramente que

²⁰¹ FRANKENBERG, Günther (ed). **Order From Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013, p.11 *apud* DUTRA, op. cit., p. 90.

²⁰² *Ibid.*, p. 90.

²⁰³ *Ibid.*, p. 91.

²⁰⁴ DUTRA, op. cit., p. 91-92.

houve um transplante jurídico, mediante o qual o Brasil recepcionou o modelo regulatório europeu de proteção de dados pessoais.

A recepção de tal modelo está pautada no prestígio que a Europa possui sobre o tema, o que se evidencia por uma história de privacidade que desde muito vem sendo construída por lá. Conforme já mencionado, desde 1950, pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, já se mencionava a preocupação com a privacidade. Posteriormente, destaca-se o papel da Alemanha na primeira geração de leis sobre proteção de dados pessoais. A Europa, por sua vez, consolidou-se pela Diretiva 95/46 que acabou originando o atual Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais, marco regulatório dessa corrida mundial.

Percebe-se, com esta breve análise, que a Europa possui prestígio e respeito sobre o tema, capazes de impulsionar uma exportação do sistema jurídico de proteção de dados pessoais mundo afora.

Por outro lado, analisando o contexto cultural brasileiro, hoje o Brasil é o segundo país no mundo que mais se expõe em redes sociais²⁰⁵, e a Europa não figura sequer entre os vinte e cinco primeiros colocados nesse ranqueamento. Ou seja, constata-se um complexo desacordo com a história e a cultura do modelo europeu e a história e cultura do país importador desse modelo.

Justamente ao constatar-se esse latente desequilíbrio é que muitas críticas são tecidas à Lei Geral de Proteção de Dados, já que o modelo importado estaria desconectado com a realidade do ambiente sociocultural brasileiro.

Em contrapartida, não caberia ao Brasil reinventar a roda ou inovar em um ambiente já tão bem explorado como este. Ao optar-se por um modelo bem sucedido como o europeu e que está robustamente amparado em uma história sólida de privacidade e de proteção de dados, espera-se verdadeiramente uma mudança jurídica, que eleve o Brasil a outro patamar regulatório em relação à proteção de dados pessoais.

Contudo, não se pode desconsiderar que o modelo europeu importado precisa ser recontextualizado, sofrendo as adaptações e modificações necessárias à realidade em que está inserido. Dentro desse processo, um dos maiores riscos

²⁰⁵ Informação retirada da pesquisa realizada pela GlobalWebIndex e divulgada pela revista Época em 06/09/2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>. Acessado em: 13 out. 2019.

mencionados por Frankenberg está no “ajuste ineficiente”, já que se trata de uma legislação com alta carga histórica e contextual, complexa de ser transferida ao país receptor.

Considerando-se essas ponderações e partindo-se para o ponto central deste trabalho, o legítimo interesse apresenta-se como um tema crucial quando analisado sob a ótica sociocultural da legislação. Tal base legal, por tratar-se de uma cláusula geral, por si só já carrega suas dificuldades de aplicação, às quais se associam ao contexto histórico e cultural ao qual está inserida.

Veja-se. Ao analisar-se o legítimo interesse sob a ótica de uma cultura arraigada na proteção de dados pessoais, imersa em uma história com íntima relação com este tema, chega-se a uma interpretação nitidamente mais vinculada à proteção dos dados pessoais do titular.

Em sentido contrário, ao analisar-se sob a ótica de uma cultura de exposição em redes sociais, sem grandes preocupações com a proteção de dados pessoais e com uma recente história legislativa sobre o tema, chega-se a uma interpretação bastante distinta da europeia, podendo-se com isso, desvirtuar a verdadeira intensão desta base legal.

Com base nessas ponderações e nas cabais consequências que a aplicação da base legal do legítimo interesse tem em relação à proteção dos dados pessoais, passa-se a analisar o contexto europeu de aplicabilidade do legítimo interesse e as possíveis repercussões que este contexto tem para a aplicação no Brasil. Esses serão os temas analisados nos próximos itens do presente trabalho.

3.5 O Legítimo Interesse na Europa da Diretiva ao GDPR: um modelo em vigor.

Em maio de 2016, foi publicado no Diário Oficial da União Europeia o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais 2016/679, o qual derogou a Diretiva 95/46/CE. O RGPD passou a vigorar a partir de 25 de maio de 2018, sendo o marco de uma história de dimensões gigantescas no âmbito da proteção de dados pessoais.

Para que se possa compreender toda essa evolução legislativa, importante trazerem-se alguns pontos principais sobre essa trajetória, que muito irão contribuir para a formatação do que hoje se entende por legítimo interesse na Europa.

A codificação do direito à proteção de dados pessoais na Europa teve sua origem, em contexto internacional, pelos instrumentos desenvolvidos pelo Conselho da Europa. São irrefutáveis as contribuições trazidas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 e pela Convenção 108 de 1981, já que, além de incluir o direito à proteção de dados pessoais, também trouxeram princípios que até hoje seguem vigentes. Tais princípios alinharam-se às diretrizes adotadas em 1980 pela OCDE, recentemente atualizadas em 2013.²⁰⁶

Em nível nacional, constata-se que, desde 1970, os Estados-membros já abordavam o direito à proteção de dados pessoais mediante instrumentos legislativos próprios, como, por exemplo, as leis promulgadas pela Alemanha, Suécia e França.

Contudo, mesmo os países membros baseando-se em instrumentos internacionais e valores comuns, criou-se uma diversidade de normas com diferentes níveis de proteção, que acabaram por inviabilizar uma livre circulação de dados dentro da comunidade europeia. Diante disso, surgiu a necessidade de adotar um instrumento jurídico próprio da União Europeia, capaz de estabelecer um equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e ao mesmo tempo facilitar o mercado interno. Neste contexto, surge a Diretiva 95/46/CE.²⁰⁷

A Diretiva, que entrou em vigor em 1995, foi o primeiro marco regulatório sobre proteção de dados pessoais no Direito da União Europeia. Sua vigência iniciou-se em 1998 e foi a partir de 1999 que a Comissão Europeia passou a aplicar sanções aos Estados-membros.²⁰⁸

Foi no ano de 2003, com o relevante impacto da internet e das novas tecnologias que o desafio sobre a proteção de dados pessoais alcançou uma dimensão ainda maior, desencadeando uma importante decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia.

²⁰⁶ CONTE, Julen Fernández; BURGOS, Diego León. Antecedentes y proceso de reforma sobre protección de datos em la Unión Europea, p. 35-50. *In*: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos**: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad. Madrid: Editora Reus, 2016, p. 37.

²⁰⁷ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 37.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 38.

Tal decisão²⁰⁹ reforçou que a harmonização das legislações nacionais pretendidas pela Diretiva não se limitava ao mínimo, mas a uma harmonização completa que garantisse, ao mesmo tempo, a livre circulação de dados e um elevado nível de proteção aos direitos e interesses dos titulares de dados. Ao mesmo tempo, reforçou que o direito à proteção de dados pessoais não pode ser visto de forma absoluta, devendo-se sempre ponderar este direito e a sua função na sociedade.²¹⁰

Ainda em 2003, a Comissão Europeia publicou o primeiro relatório sobre a implementação da Diretiva 95/46, dando eco às importantes evoluções tecnológicas e aos novos desafios sobre proteção de dados pessoais.²¹¹ Dentre os principais pontos abordados pelo relatório, destacam-se: a necessidade de melhorar a aplicação da Diretiva na União Europeia, ampliando a sensibilização sobre direitos e obrigações dos interessados; a sinalização de que os Estados-membros precisam adequar suas legislações para alcançar-se a conformidade pretendida, inclusive designando recursos suficientes para as autoridades de fiscalização; e a necessidade de redução, por parte das autoridades de fiscalização, das cargas administrativas impostas aos responsáveis pelo tratamento de dados.²¹²

Em relação ao legítimo interesse, previsto no artigo 7º, (f) da Diretiva 95/46²¹³, o relatório já mencionava as dificuldades de aplicação, reforçando a necessidade de clarificar a cláusula do legítimo interesse. Além disso, sinalizava-se sobre a necessidade de alguns países membros reverem a sua aplicação já que ultrapassaram ou ficaram aquém da lista de motivos legítimos para o tratamento.

²⁰⁹ Sobre o caso Bodil Lindqvist, demanda número C-101/01, acesse: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3780937>>. Acesso em: 14 out., 2019.

²¹⁰ CONTE; BURGOS. In: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 38-39.

²¹¹ Sobre o Primeiro relatório sobre a implementação da directiva relativa à protecção de dados (95/46/CE), acesse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0265&from=ES>>. Acesso em: 14 out., 2019.

²¹² CONTE; BURGOS. In: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 39.

²¹³ Os Estados-membros estabelecerão que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efectuado 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 n. 1 do art. 1º.

Posteriormente, em 2007, a Comissão Europeia publicou nova comunicação sobre a aplicação da Diretiva.²¹⁴ Nessa comunicação, a Comissão Europeia considerou que não era necessário alterar-se a Diretiva, já que esta cumpria com os objetivos propostos e assegurava um alto nível de proteção. Constatou-se também, que as divergências provenientes de sua aplicação não traziam problemas reais ao mercado europeu.²¹⁵ Em relação especificamente à aplicação do legítimo interesse, nada foi dito.

Entretanto, em 2010, a Comissão emitiu nova Comunicação sobre o enfoque da proteção de dados na comunidade europeia.²¹⁶ Nessa comunicação, mesmo considerando que a Diretiva cumpria com os seus objetivos originais, ponderou-se que ela não mais se adaptava à rápida evolução tecnológica e a globalização. Identificaram-se novos desafios que necessitavam de novas soluções legislativas.

Partindo-se dessas considerações, foram eleitos cinco grandes desafios que seriam abordados por meio de uma análise mais aprofundada, quais sejam: abordar o impacto das novas tecnologias; reforçar a dimensão do mercado interno em relação à proteção de dados; fazer frente à globalização e melhorar as transferências internacionais de dados; consolidar as disposições institucionais para a aplicação efetiva das normas de proteção de dados; e, por fim, melhorar a coerência do marco jurídico sobre proteção de dados.²¹⁷

Velando-se dessas importantes constatações, a Comissão traçou objetivos que seriam a base de uma nova legislação sobre proteção de dados, a proposta embrionária do futuro RGPD. Os objetivos escolhidos foram: reforçar os direitos das pessoas; aprofundar a relação do mercado interno; revisar as normas de proteção

²¹⁴ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o acompanhamento do programa de trabalho para uma melhor aplicação da directiva relativa à protecção de dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0087:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 14 out. 2019.

²¹⁵ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 39-40.

²¹⁶ Sobre a Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones, titulado Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea. Disponível em: <http://www.bizkaia.eus/ogasuna/europa/pdf/documentos/10-com609.pdf?hash=840e5cf7ab5a5ccb22173837ec6cee5>. Acesso em: 14 out. 2019.

²¹⁷ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 40.

de dados no âmbito da cooperação policial e judicial em matéria penal; e ter presente a dimensão global da proteção de dados pessoais.²¹⁸

Diante desses objetivos, gerou-se um exaustivo debate, envolvendo todas as partes interessadas no tema, o qual redundou, em 2012, na proposta legislativa do RGPD.

Nesta trajetória sobre a proteção de dados pessoais na Europa, o Tratado de Lisboa²¹⁹, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009, teve uma determinante atuação. Esse tratado promoveu significativas alterações na estrutura do Direito da União Europeia em relação à matéria de proteção de dados pessoais, as quais proporcionaram um grande avanço em relação ao tema.

Neste sentido, elucidam os autores Conte e Burgos:

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia passou a ser juridicamente vinculante e, com isso, o direito à proteção de dados pessoais se elevou à categoria de direito fundamental autônomo, em particular, mediante a inclusão expressa da proteção de dados pessoais entre as liberdades fundamentais (artigo 8); 2º. a introdução de uma disposição específica no Tratado de Funcionamento da União Europeia que codifica o direito de toda pessoa à proteção de dados pessoais (artigo 16 do TFUE). (tradução livre).²²⁰

A partir da entrada dessa norma e com as repercussões acima mencionadas, a comunidade europeia dotou-se de instrumentos determinantes para a harmonização legislativa pretendida, convergindo com os direitos garantidos no início da história legislativa sobre proteção de dados.

A proposta então apresentada de Regulamento Geral de Proteção de Dados, em janeiro de 2012, estava baseada na proteção das pessoas físicas em relação ao tratamento de seus dados pessoais e a livre circulação destes. Além disso, foram declarados oito objetivos nessa proposta que eram: permitir aos cidadãos uma maior informação sobre seus dados, pelo acesso e controle sobre estes; aumentar a segurança do processamento de dados; melhorar a eficácia dos direitos; aumentar a confiança dos consumidores no comércio transfronteiriço; o direito de retificação e cancelamento dos dados; o estabelecimento de uma

²¹⁸ CONTE; BURGOS. In: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 40.

²¹⁹ Sobre o Tratado de Lisboa, acesse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso em: 14 out. 2019.

²²⁰ CONTE; BURGOS. In: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 41.

autoridade independente e fiscalizadora; e, por último, implementar recursos, responsabilidades e sanções.²²¹

A partir daqui iniciou-se a tramitação desse projeto, e, em 9 de janeiro de 2013, foi publicada a proposta do relator trazendo inúmeros avanços em relação à proteção de dados, sendo um deles direcionado justamente à aplicação do legítimo interesse.²²² A proposta do relator indicava a necessidade de reformular a previsão para utilização da base legal do legítimo interesse, com condições que considerem o interesse do controlador como legítimo.²²³

Ou seja, o que anteriormente já havia sido sinalizado como uma dificuldade de aplicação dessa base legal durante a vigência da Diretiva 95/46, tornou-se latente na proposta emitida pelo relator do projeto de RGPD, demonstrando-se que era preciso mais clareza e exemplos que pudessem contextualizar o que se entenderia como legítimo interesse do controlador.

Os trâmites para a aprovação da proposta de Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu seguiram-se, mas, em junho de 2013, um novo escândalo envolvendo o tema chamou a atenção do Parlamento Europeu. As revelações de Snowden²²⁴ sobre os programas de vigilância massiva e mundial fizeram com que o Parlamento Europeu abrisse uma investigação sobre o tema. Tal investigação culminou em uma Resolução com o objetivo de valorizar o impacto nos direitos fundamentais dos cidadãos nos programas de vigilância e proteção de dados pessoais, dando ainda mais força à proposta apresentada do RGPD.²²⁵

²²¹ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 44.

²²² Em relação ao avanços trazidos pelo relator: “1º. O Regulamento deveria aplicar-se a todas as atividades de tratamento, independentemente do serviço ser gratuito; 2º. Devem incorporar-se definições para os termos pseudonimização, transferência, profiling e operador; 3º. Deve reformular-se a previsão do uso de dados baseados no legítimo interesse de segurança jurídica (com condições que considerem o interesse do controlador como legítimo); 4º. Normas estritas de b) a execução de um contrato ou a prestação de um serviço não pode ser condicionada ao consentimento do tratamento ou uso de dados que não sejam necessários; 5º. O critério é o de residência europeia do titular de dados; 6º. A autoridade europeia de proteção de dados deveria estar imbuída na adoção de alguns padrões e atos da Comissão; 7º. O direito de objeção ao tratamento de dados deve ser gratuito e estar claramente expresso; 8º. Melhorias do sistema de sanções das autoridades fiscalizadoras; 9º. Os dados de menores e outros dados sensíveis podem ser utilizados com consentimento.” (tradução livre). (CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 45.)

²²³ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 45.

²²⁴ Sobre o caso Snowden, acesse: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>. Acesso em: 18 out. 2019.

²²⁵ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 46.

Esse longo e tortuoso processo legislativo fez com que os reflexos da proteção de dados pessoais na Europa fossem exaustivamente debatidos, tornando-se o RGPD o marco jurídico de uma nova geração de direitos nascidos no ambiente digital.

3.5.1 Opinion 06/2014 do Working Paper 29: um direcionamento à aplicabilidade do legítimo interesse

Antes de adentrar nos impactos específicos que o RGPD trouxe para este tema, imprescindível abordar o papel do Working Paper 29.²²⁶

Foi em 1995, com a entrada em vigor da Diretiva, que se constituiu o grupo de trabalho Working Paper 29, pela previsão do artigo 29²²⁷ desta Diretiva. Tal grupo possuía caráter consultivo e independente, sendo responsável pela emissão de inúmeras guidelines, que orientaram e orientam até hoje a aplicação da proteção de dados pessoais em toda a comunidade europeia.

Um dos grandes objetivos deste grupo de trabalho era esclarecer a aplicabilidade da Diretiva e auxiliar no nivelamento da proteção de dados pessoais na comunidade europeia, já que os Estados-membros aplicavam diferentes níveis de tutela à proteção de dados pessoais.

²²⁶ O Working Paper 29, na vigência do RGPD foi substituído pelo European Data Protection Board.

²²⁷ Artigo 29: Grupo de protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais
1. É criado um Grupo de protecção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a seguir designado «grupo». O grupo tem caráter consultivo é independente.

2. O grupo é composto por um representante da autoridade ou autoridades de controlo designadas por cada Estado-membro, por um representante da autoridade ou autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários, bem como por um representante da Comissão. Cada membro do grupo será designado pela instituição, autoridade ou autoridades que representa. Sempre que um Estado-membro tiver designado várias autoridades de controlo, estas nomearão um representante comum. O mesmo acontece em relação às autoridades criadas para as instituições e organismos comunitários.

3. O grupo tomará as suas decisões por maioria simples dos representantes das autoridades de controlo.

4. O grupo elegerá o seu presidente. O mandato do presidente tem uma duração de dois anos e é renovável.

5. O secretariado do grupo será assegurado pela Comissão.

6. O grupo elaborará o seu regulamento interno.

7. O grupo analisará as questões inscritas na ordem de trabalhos pelo seu presidente, que por iniciativa deste, quer a pedido de um representante das autoridades de controlo, quer ainda a pedido da Comissão.

Foi por meio da Opinion 06/2014 que o Working Paper 29 manifestou-se a respeito da aplicação do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE, com o objetivo de analisar os critérios estabelecidos nesse artigo para fins de legitimar o processamento de dados. Constatou-se uma dificuldade de harmonização de interpretações, o que acarretava aplicações divergentes entre Estados-membros.

Diante disso, desenvolveu-se uma guideline específica somente para tratar da aplicabilidade do artigo 7º e, mais aprofundadamente, sobre a alínea (f) deste artigo, o legítimo interesse. O que se constatou com a aplicação da Diretiva foi que a base legal do legítimo interesse tornou-se uma verdadeira carta em branco para legitimar qualquer tratamento de dados que não se enquadrasse nas demais previsões legais.²²⁸ Pela falta de uma abordagem consistente constatou-se uma grande insegurança jurídica, que enfraquecia a posição dos titulares dos dados. Essa dificuldade de aplicação acabou ocasionando demandas judiciais, que resultaram no julgamento do caso ASNEF e FECEMD²²⁹, o qual será brevemente analisado.

No julgamento em questão foram analisados os processos da Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (C-468/10) e da Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) (C-469/10), ambos provenientes do Tribunal Supremo da Espanha. Tal decisão é particularmente relevante, pois esclarece dois pontos extremamente importantes em relação à aplicabilidade do artigo 7º. (f) e que estavam ocasionando divergências em sua aplicação. O primeiro deles refere-se à necessidade dos dados utilizados sob a base legal do legítimo interesse estarem acessíveis em fontes públicas, e o segundo, sobre o efeito direto do artigo.

Em retorno às questões prejudiciais encaminhadas pelo Tribunal Supremo da Espanha, O Tribunal de Justiça da União Europeia posicionou-se que, ao utilizar-se da base legal do legítimo interesse, pela qual o titular de dados não fornece o consentimento sobre a utilização de suas informações, torna-se imprescindível que,

²²⁸ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 5. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 01 out. 2019.

²²⁹ Sobre os casos em questão, disponível o acórdão do julgamento em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115205&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=5784789>. Acesso em: 18 out. 2019.

além de respeitar os direitos e liberdades fundamentais, o controlador exiba, por meio de fontes acessíveis ao público, todos os dados utilizados nesse tratamento. Ainda, deve-se excluir todo e qualquer dado que não conste nessas fontes.

Veja-se que tal posicionamento tem um grande impacto na utilização do legítimo interesse, já que, ao mesmo tempo em que o controlador não precisará solicitar o consentimento para a utilização destes dados, deverá mantê-los acessíveis em fontes públicas, afastando-se a possibilidade de uma falsa transparência ou de um armazenamento ilimitado de dados e em descompasso com o princípio da necessidade.

Diante desse importante posicionamento do Tribunal, os limites da utilização do legítimo interesse receberam uma forte definição limitando o uso indiscriminado desta base legal. Pela determinação de que os dados utilizados sob o critério de legítimo interesse devem estar acessíveis de forma pública a todos os titulares, há uma efetiva restrição dessa utilização, vetando que a utilização do legítimo interesse seja desvirtuada e transformada em uma carta em branco.

Ainda, em relação aos efeitos do artigo 7º (f), evidenciou-se que deve ser aplicado de forma direta, limitando-se a margem de discricção dos Estados-membros, uma vez que impedidos de realizar qualquer tipo de restrição ou limitação.

À luz do julgamento, constata-se a importância de que haja um entendimento claro e comum sobre a aplicabilidade do artigo 7º alínea (f). Isso deve ser feito de maneira equilibrada, sem restringir ou ampliar indevidamente o escopo dessa disposição, baseando-se sempre no equilíbrio necessário entre os interesses dos controladores e terceiros e dos titulares de dados pessoais.

Partindo-se dessa premissa, a Opinion 06/2014 mergulha em conceitos centrais para desvendar, ou melhor, delimitar a aplicação do legítimo interesse. A priori, identifica-se uma necessidade de um teste de equilíbrio pelo qual os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento (ou de terceiros) devem ser equilibrados com os interesses ou direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados.²³⁰ Mas o que seriam os interesses legítimos do responsável pelo tratamento? Esta é a pergunta a que se pretende responder nos próximos parágrafos.

²³⁰ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 23. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 01 out. 2019.

O conceito de interesse e o que o torna legítimo são os dois grandes pontos de partida deste tema. Considerando-se isso e o emitido na Opinion 06/2014, o conceito de interesse está intimamente relacionado ao conceito de objetivo mencionado no artigo 6º da Diretiva.²³¹ No âmbito da proteção de dados, percebe-se que a finalidade está vinculada ao objetivo, à intenção do processamento de dados.²³²

Já o interesse, por outro lado, “é a participação mais ampla que um controlador pode ter no processamento, ou o benefício que o controlador obtém - ou que a sociedade pode derivar - do processamento”²³³ (tradução livre). Ou seja, o interesse deve ser suficientemente claro a ponto de permitir que se realize o teste de balanceamento necessário. Além disso, o interesse deve ser perseguido pelo controlador, demonstrando-se real e presente, que corresponda às atividades e benefícios de futuro próximo. O que se pretende esclarecer é que interesses vagos ou especulativos não serão aceitos.²³⁴

Seguindo-se pela análise trazida pela guideline, existem interesses facilmente identificados, como é o caso daqueles que trazem proveito à sociedade

²³¹ Artigo 6º.

1. Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão:

- a) Objeto de um tratamento leal e lícito;
- b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades. O tratamento posterior para fins históricos, estatísticos ou científicos não é considerado incompatível desde que os Estados-membros estabeleçam garantias adequadas;
- c) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e para que são tratados posteriormente;
- d) Exactos e, se necessário, actualizados; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para os que são tratados posteriormente, sejam apagados ou retificados;
- e) Conservados de forma a permitir a identificação das pessoas em causa apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente. Os Estados-membros estabelecerão garantias apropriadas para os dados pessoais conservados durante períodos mais longos do que o referido, para fins históricos, estatísticos ou científicos.

2. Incumbe ao responsável pelo tratamento assegurar a observância do disposto no n. 1.

²³² UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 24. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²³³ Ibid.

²³⁴ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 24. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

em geral. Exemplos deles seriam as pesquisas científicas, sujeitas à proteção adequada, ou ainda ao interesse da imprensa em publicar informações de corrupção sobre o governo.²³⁵ Em ambos os casos, nota-se facilmente um interesse legítimo como base para tratamento dos dados pessoais, permitindo-se uma aplicação bem mais tranquila e sedimentada do artigo 7º (f).

Contudo, como já mencionado anteriormente, em toda cláusula geral existem as zonas cinzentas, as quais geram dúvidas sobre a sua aplicação ou não. Isso se evidencia quando se traz o exemplo para aplicar o interesse econômico de uma empresa em aprender o máximo possível sobre os seus clientes com o objetivo de direcionar melhor a publicidade de seus produtos ou serviços.²³⁶ Diante desse exemplo, até que ponto o interesse do controlador de dados, nesse tipo de situação, pode ser considerado legítimo?

Torna-se necessário identificar se o interesse é legítimo ou ilegítimo, pois o teste de balanceamento só poderá ser aplicado caso o interesse seja legítimo. Do contrário, evidencia-se inaplicável a previsão do artigo 7º (f) da Diretiva.

Nesse sentido, o grupo de trabalho publicou uma lista, não exaustiva, de interesses que podem ser considerados legítimos para o fim de tratamento de dados pessoais, não obstante a ponderação que se deve realizar pelo teste de balanceamento. São eles: exercício do direito à liberdade de expressão ou informação, inclusive na mídia e nas artes; marketing direto convencional e outras formas de marketing ou propaganda; mensagens não comerciais não solicitadas, inclusive para campanhas políticas ou angariação de fundos beneficentes; execução de ações judiciais, incluindo a cobrança de dívidas mediante procedimentos fora do tribunal; prevenção da fraude, uso indevido dos serviços, ou a lavagem de dinheiro; monitoramento de funcionários para fins de segurança ou gerenciamento; esquemas de denúncia; segurança física, segurança de TI e de rede; tratamento para fins históricos, científicos ou estatísticos; processamento para fins de pesquisa (incluindo pesquisa de marketing).²³⁷

²³⁵ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 24. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

Em outras palavras, entende-se por interesse legítimo aquilo que é “aceitável nos termos da lei”, segundo a Opinion 06/2014.²³⁸ Essa expressão que indica o aceitável nos termos da lei é assim definida:

Para ser relevante nos termos do artigo 7º, alínea (f), um “interesse legítimo” deve, por conseguinte: ser legal (ou seja, de acordo com a legislação nacional e da UE aplicável); ser suficientemente claramente articulado para permitir que o teste de equilíbrio seja realizado em relação aos interesses e direitos fundamentais do titular dos dados e representar um interesse real e presente (ou seja, não seja especulativo).²³⁹ (tradução livre)

Mesmo que superados todos os pontos acima elencados, salienta-se que o interesse legítimo do controlador não é o suficiente para recorrer-se ao artigo 7º (f) da Diretiva como base para o tratamento de dados. A legitimidade do controlador é apenas um ponto de partida, sendo indispensável à realização do teste de equilíbrio.

O artigo 7º (f) ainda menciona os interesses legítimos de terceiros, no caso aqueles cujos dados são divulgados. Em relação aos terceiros, contextualiza a sua aplicação mediante alguns exemplos, como publicação de dados para fins de transparência e responsabilidade, pesquisa histórica e outros tipos de pesquisa científica, interesse público geral ou interesse de terceiros.²⁴⁰

O que se constata até aqui é que a relação entre a finalidade e os interesses legítimos do controlador é de extrema relevância, da mesma forma, em relação ao terceiro, quando há a necessidade de divulgação dos dados. Essa relação justamente complementa o requisito de necessidade previsto no artigo 6º, já que vincula o tratamento e os interesses.²⁴¹

Por essa amarra, estando vinculado o interesse à finalidade pretendida, há a superação do primeiro obstáculo para a análise do legítimo interesse. Contudo, ainda assim, torna-se necessário avaliar o legítimo interesse do controlador dos dados, pois será por essa avaliação que se viabilizará a aplicação ou não do teste de balanceamento.

Primeiramente, deve-se avaliar-se o processamento de dados é necessário e proporcional para que assim o legítimo interesse do controlador possa prevalecer.

²³⁸ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 24. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ibid., p. 27-28.

²⁴¹ Ibid., p. 29.

Por essa ponderação é que se poderá verificar se estamos ou não diante do exercício do direito fundamental do controlador que é o ponto crucial da equação. Ainda, essa ponderação, em geral, está embasada na legislação, na jurisprudência, nos códigos de condutas, nas *guidelines* e em padrões formais ou até mesmo não formais que ajudam a elucidar esse equilíbrio.²⁴²

Outro ponto comumente invocado pelo controlador são questões vinculadas ao interesse público ou da comunidade em geral. Dedicar-se um maior peso a esse tipo de interesse já que esperado ou entendido como adequado pelo público em geral. Contudo, entende-se que tal prática não pode ser capaz de legitimar práticas intrusivas e infringir a proporcionalidade anteriormente mencionada.²⁴³

Por fim, o terceiro ponto que se analisa quando ponderado o interesse legítimo do controlador é a adoção de medidas que estejam alinhadas à cultura da comunidade geral, indo ao encontro das expectativas legítimas dos titulares de dados. Quanto mais próximas as expectativas do controlador e do titular de dados, mais o interesse legítimo pesa na balança. Ainda, torna-se um meio de reforço ao embasamento dado em orientações fornecidas por autoridades de proteção de dados ou por outros organismos relevantes que gozem de respeito na comunidade em geral.²⁴⁴

Constrói-se o legítimo interesse do controlador com todos esses elementos que, juntos e ponderados com a finalidade, a necessidade e a proporcionalidade demonstram-se sólidos o suficiente para suportarem o embasamento legal.

Por outro lado, como já mencionado, a aplicabilidade de uma cláusula geral do legítimo interesse solidifica-se com o tempo e com a recorrência a casos concretos que tornam tangível o que se busca no enunciado. É justamente por essas idas e vindas que se forma o conceito do que é entendido como legítimo interesse naquela comunidade, momento histórico e cultural e para um determinado nível tecnológico, já que por meio desses elementos este conceito transformar-se-á no tempo e no espaço, sofrendo uma constante e recorrente renovação.

²⁴² UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 34-35. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁴³ Ibid., p. 36.

²⁴⁴ Ibid.

Do outro lado da balança, encontram-se os titulares de dados, os quais sofrerão o impacto sobre o processamento de dados. Nessa análise, evidencia-se a necessidade de que os interesses ou direitos e liberdades fundamentais dos titulares sejam ponderados em relação ao impacto do tratamento dos dados. Por essa ponderação é que se verificará ou não o equilíbrio pretendido pelo teste de balanceamento.

Quando se avalia o impacto do tratamento de dados, algumas questões devem ser observadas. A primeira delas diz respeito às informações que estão sendo processadas, se podem ou não interferir em decisões ou ações futuras que possam acarretar discriminação ou exclusão de indivíduos, difamação ou ainda situações que possam prejudicar a reputação ou autonomia do indivíduo. A segunda diz respeito aos impactos emocionais mais amplos, como irritação, desconforto, medo ou angústia de controle indiscriminado ou até mesmo de rastreamento contínuo. O que se evidencia na análise da Opinion 06/2014 é que o impacto refere-se a quaisquer consequências possíveis, tanto potenciais quanto reais, sobre o processamento de dados, tendo uma noção ampla sobre as formas como o indivíduo pode ser afetado, tanto positiva quanto negativamente.²⁴⁵

Diante do amplo espectro que o processamento de dados assume e os riscos a que o indivíduo se encontra exposto, concluiu-se que o tratamento de dados deve apenas acontecer nos casos em que não se tenham riscos ou tenham-se riscos muito baixos, já que a reparação ao dano ocasionado em geral é bastante complexa e não traz o efeito esperado.²⁴⁶

Diante disso, torna-se necessário realizar uma avaliação de impacto pela qual serão considerados os riscos sobre o tratamento, e estes serão ponderados em relação aos titulares de dados. Passa-se, portanto, a analisar os principais pontos dessa avaliação de impacto.

Para que se tenha uma avaliação de impacto efetiva, é importante destacar as fontes de possíveis impactos aos titulares de dados, o que foi feito pelo Working Paper 29. De acordo com a Opinion 06/2014, tem-se como relevante a probabilidade de o risco se materializar, assim como qual seriam as consequências de um risco

²⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 37. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁴⁶ Ibid.

materializado. Esses dois elementos contribuem para uma avaliação geral de impacto potencial e dizem muito quando analisados sob esta temática.²⁴⁷ Passa-se, portanto, às considerações sobre esta avaliação.

3.5.2 Avaliação de impacto: a equação para o legítimo interesse

Até aqui muitos elementos relevantes já foram mencionados com o objetivo de construir, ou melhor, aclarar o que se entende por legítimo interesse e a aplicabilidade desses no ao tratamento de dados pessoais. Sabe-se que o ponto de partida está na avaliação do legítimo interesse do controlador, composta por inúmeros elementos, conforme já visto.

Entre os elementos que compõem e auxiliam na análise do legítimo interesse do controlador um deles assume papel de grande relevância: a avaliação de impacto. Por meio dela constrói-se uma matriz sobre as principais fontes de impacto e vai-se construindo as consequências desse impacto. O resultado dessa avaliação apontará a viabilidade ou não da utilização do legítimo interesse para determinado tratamento de dados.

O primeiro ponto trazido pelo Grupo de Estudos do Artigo 29 foi a natureza dos dados. Deve-se, inicialmente, considerar se o tratamento envolve dados sensíveis e, se sim, quais os fins pretendidos. O uso de biometria para requisitos gerais de segurança de propriedade é considerado um interesse legítimo, por exemplo, estando acima dos interesses ou direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados. Por outro lado, caso os dados biométricos como impressões digitais e ou a íris sejam utilizados para acesso a uma área de alto risco de um laboratório, entende-se que o controlador deverá demonstrar evidências concretas de um risco considerável que permitam tal utilização.²⁴⁸ Ou seja, as ponderações são diferentes, e para cada um dos casos existem requisitos que devem ser analisados e comprovados.

Outro ponto que merece atenção diz respeito à natureza do dado, se esses já foram disponibilizados ao público pelo titular ou por terceiros em algum momento.

²⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 38. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁴⁸ Ibid.

Essa disponibilização é bastante relevante e deve ser considerada, mesmo que o artigo 7º (f) não legitime de forma geral a reutilização de dados pessoais disponíveis ao público.²⁴⁹

Além disso, torna-se essencial entender a maneira com que os dados estão sendo processados. O princípio da transparência, norteador de toda a legislação de proteção de dados, prevê que o titular tenha conhecimento sobre a forma com que seus dados estão sendo tratados, com uma vinculação à finalidade adequada e com mínimo possível de intervenção, de acordo com o princípio da necessidade. Assim, quanto mais incerto ou negativo for o impacto do tratamento de dados, maior a probabilidade de ele ser considerado como inadequado.

Além disso, as expectativas dos titulares de dados assumem um papel central neste contexto, sendo de grande importância o momento da coleta dos dados pessoais. Neste momento, há vinculação a uma finalidade específica, sendo importante considerar a natureza do relacionamento com o controlador e até mesmo o serviço prestado ou as obrigações legais ou contratuais aplicáveis. Todos esses fatores traduzem-se em expectativas razoáveis de confidencialidade que podem ser mais ou menos restritas.²⁵⁰

Por fim, o ponto relativo ao status do controlador na relação com o titular de dados também se torna relevante, já que, em uma relação de desequilíbrio, certamente acarretará uma consequência direta no tratamento das informações. Portanto, saber se o titular é um funcionário, aluno, paciente ou se há algum tipo de desequilíbrio na relação é fato essencial na avaliação sobre o impacto ocasionado no indivíduo. Entretanto não é apenas a constatação do desequilíbrio que resultará em uma análise desfavorável ao tratamento de dados, já que o objetivo do artigo 7º (f) não é impedir qualquer tipo de impacto ao titular, mas resguardar que impactos desproporcionais não venham a acontecer. Este é o ponto central.²⁵¹

Finalizada essa análise, chega-se ao saldo provisório da equação, e percebe-se que, ao equilibrarem-se os interesses, as medidas adotadas pelo

²⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 39. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁵⁰ Ibid., p. 40.

²⁵¹ Ibid., p. 41.

controlador para cumprir com as suas obrigações e garantir a proporcionalidade e transparência contribuirão muito para uma aplicação efetiva do artigo 7º (f).²⁵²

Por outro lado, nos casos em que não estiver claro o resultado do teste de balanceamento, entende-se adequada uma avaliação adicional, introduzindo medidas que vão além do cumprimento das obrigações horizontais da Diretiva. Ao introduzirem-se tais medidas, fica claro que o controlador está preocupado com os direitos, as liberdades e os interesses dos titulares, equalizando novamente a relação. Um exemplo dessas medidas seria um mecanismo que viabilizasse ao titular, de forma fácil e acessível, a sua oposição ao tratamento de seus dados e, conseqüentemente, a sua retirada do processamento, a limitação de dados coletados ou ainda a exclusão imediata após o uso.²⁵³

Todas as evidências apontam para as boas intenções do controlador de dados em manter uma relação equilibrada e adequada com o titular, legitimando a utilização correta do legítimo interesse. E mais, demonstra-se por meios palpáveis a sua conduta alinhada aos princípios norteadores da Diretiva.

Contudo, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 não se limitou apenas a orientar a aplicação do teste de balanceamento e dos elementos essenciais que compõem esta análise, mas direcionou-se ao resultado obtido por esse teste. Pelo resultado, destacam-se três questões específicas que se tornam cruciais para a aplicação do legítimo interesse e que serão agora analisadas.

3.5.3 Os três eixos centrais para a aplicabilidade do legítimo interesse

Sem dúvida, o contexto de aplicação do legítimo interesse circunda-se de inúmeros fatores relevantes e decisivos. Porém três deles destacam-se pela sua importância perante direitos e liberdades dos titulares de dados: a relação entre o teste de balanceamento, a transparência e o princípio da responsabilidade; o direitos dos titulares de dados à objeção e à opção de exclusão sem justificativa; e o empoderamento dos titulares de dados pela portabilidade e pelos mecanismos que

²⁵² UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 41. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁵³ Ibid., p. 41-42.

permitam o acesso, a modificação, a exclusão ou a transferência de seus próprios dados.²⁵⁴

Todos os três pontos acima destacados referem-se à salvaguarda do titular de dados em relação ao controlador, garantindo que a balança não penda de forma indiscriminada para o lado errado. É por meio dessas garantias que se torna viável uma aplicação adequada do legítimo interesse, chegando-se ao resumo de um histórico de pesos e contrapesos.

O primeiro dos itens mencionados pelo WP 29 destaca-se pela relevância que a responsabilidade assume nesse contexto. Considera-se papel do controlador avaliar se existe o interesse legítimo na operação de tratamento de dados, se o processamento é necessário para o interesse legítimo e se este interesse prevalece aos direitos e às liberdades dos titulares. Conclui-se, então, que há uma grande responsabilidade atribuída ao responsável pelo tratamento.

Essa responsabilidade traduz-se pela realização de todas as ponderações e do teste de balanceamento, que, por uma questão de boa prática, deve ser registrado e documentado de forma adequada, capaz de demonstrar-se uma aplicação correta do teste. Essa demonstração poderá ser solicitada pela autoridade de proteção de dados, pelos titulares ou até mesmo pelos tribunais.²⁵⁵

Evidencia-se que a noção de responsabilidade encontra-se intimamente ligada à transparência, já que se entende recomendável que os controladores expliquem os motivos que os levaram a atribuir o legítimo interesse como base legal viável para determinado tratamento.

Em relação à transparência, exemplifica-se na Opinião 06/2014 que serviços *on-line* e gratuitos como pesquisas, *e-mails*, mídias sociais, armazenamento de arquivos entre outros não especificam de forma clara as consequências de sua utilização. Ou seja, entende-se que há a necessidade de clarificar que os serviços não são gratuitos, e que os consumidores pagam por meio de seus dados!²⁵⁶ A famosa frase “não existe almoço grátis” concretiza-se aqui.

²⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinião 6/2014, p. 43. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid., p. 44.

Torna-se necessário, de acordo com o parecer, que também se capacite o titular de dados nesse tipo de situação, pela transparência, tendo como uma pré-condição essa informação e, mesmo assim, de modo algum isso se tornaria o suficiente.²⁵⁷

Do direito decorrente do princípio da transparência, desemboca-se na segunda questão crucial: o direito de oposição. De acordo com o artigo 14 (a), baseando-se o tratamento nas alíneas (e) e (f) do artigo 7º, respectivamente interesse público ou exercício de autoridade pública e legítimo interesse, o titular de dados pode opor-se ao tratamento por motivos preponderantes e legítimos. Excetua-se da demonstração dos interesses legítimos e convincentes os casos de tratamento vinculados ao *marketing* direto, de acordo com o previsto no artigo 14 (b).

O direito de oposição nada mais é do que a concretização do direito do titular à autodeterminação informativa que se perfectibiliza pela possibilidade de retirada de tratamento. Porém o parecer ainda sugere que, além dos casos previstos no artigo 14 (a), encontre-se uma forma de garantir a retirada do titular de dados sem que haja a necessidade de comprovação do interesse legítimo e preponderante.

Tal previsão refere-se justamente aos casos considerados limítrofes em que há uma dificuldade em se encontrar o equilíbrio. Nestes casos, torna-se importante ter um mecanismo que permita ao titular não participar do tratamento em questão, demonstrando uma garantia aos direitos e interesses dos indivíduos e à boa-fé do controlador.

Estes casos diferenciam-se daqueles que necessitam de consentimento, previstos no artigo 7º (a), já que encontram guarida no legítimo interesse, mas por sua complexidade geram uma zona cinzenta em relação ao resultado do teste de balanceamento. Para essas situações, quanto mais fácil for a solicitação de exclusão pelo titular, mais próxima estará a legitimidade para a aplicação do artigo 7º (f).²⁵⁸

O exemplo trazido para esclarecer a diferença da necessidade de consentimento e da possibilidade de exclusão é o *marketing* direto, que se encontra

²⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 44. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁵⁸ Ibid., p. 45.

previsto no artigo 14 (b). Diante das novas tecnologias, o *marketing* foi extremamente afetado, e novas possibilidades de tratamento surgiram na área. Diante disso, as disposições previstas na Diretiva 95/46/CE foram complementadas pela Diretiva e Privacy²⁵⁹, que será agora abordada.

O objetivo da Diretiva e Privacy foi clarear determinados assuntos que permeavam a zona cinzenta do legítimo interesse. Nos termos do artigo 13 da Diretiva e Privacy, para as atividades de *marketing* consideradas mais intrusivas, como *marketing por e-mail* e máquinas de chamadas automáticas, o consentimento torna-se regra. A exceção estaria reservada para os casos de relacionamento com clientes, nos quais o controlador anuncia seus produtos e serviços semelhantes aos usados pelo titular, sendo suficiente fornecer uma possibilidade de retirada (*opt-out*), incondicional e sem justificativa.²⁶⁰

Importante destacar que a complementação feita pela Diretiva e Privacy inclina-se para as rápidas e constantes evoluções tecnológicas. Hoje em dia, cada vez mais as empresa monitoram e desenham os perfis de seus consumidores, por meio de tratamentos massivos de dados, alterando o equilíbrio pensado inicialmente. Tornam-se imprescindíveis novas regras para gerenciar esse novo cenário, o que sinaliza para a constante evolução que a legislação sobre proteção de dados necessita ter.

Analisar a proteção de dados de forma estanque seria a mesma coisa que pensar, nos dias de hoje, em uma sociedade desconectada. A cada dia novas tecnologias são inventadas, e a cada novidade colocada no mercado surge um novo risco, um novo perigo aos direitos e interesses dos titulares de dados. Embasar-se em uma legislação estática a respeito deste tema levaria à morte da proteção de dados em poucos anos.

Por último, o direito à portabilidade de dados e o empoderamento do titular de dados é sinalizado como o terceiro pilar crucial no contexto de aplicação do legítimo interesse. A ideia aqui mencionada é de que o titular de dados torne-se o verdadeiro dono da informação, acessando seus dados de forma direta, em formato

²⁵⁹ Sobre a Diretiva ePrivacy, acesse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>. Acesso em: 21 out. 2019.

²⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 46. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

portátil, fácil e legível por máquina, a ponto de capacitá-lo a corrigir o desequilíbrio econômico entre grandes empresas e consumidores (titulares).²⁶¹

Sinaliza-se que, por meio do exercício desse direito, promove-se um ambiente de mercado mais competitivo, permitindo que os clientes façam suas escolhas e optem pelo melhor serviço. Neste cenário, “a portabilidade de dados é, portanto, não apenas boa para a proteção de dados, mas também para a concorrência e a proteção do consumidor” (tradução livre).²⁶²

Conclui-se, assim, que o texto do artigo 7º (f) previsto na Diretiva 95/46 é ilimitado, já que sua formulação aberta deixa margem à interpretação e envolve uma complexa previsibilidade, a qual acarreta insegurança jurídica. Por outro lado, baseando-se nos critérios adequados e certos que foram trazidos pela Opinion 06/2014, o legítimo interesse assume papel essencial no sistema de proteção de dados, capaz de legitimar inúmeros tratamentos.²⁶³

Pela avaliação de impacto, pela transparência e pela visibilidade dada às informações dos titulares e interessados e pela possibilidade de objeção de forma prática e facilitada chega-se à aplicabilidade efetiva do legítimo interesse. Esta equação equilibrada entre os interesses reais e atuais do controlador e dos titulares de dados deve ser amplamente registrada a ponto de futuramente embasar qualquer tipo de justificativa futura em relação às autoridades de proteção de dados e aos titulares de dados.

A aplicabilidade do legítimo interesse no atual Regimento Geral de Proteção de dados pessoais europeu (GDPR) alicerça-se através desta longa história de debates sobre a proteção de dados pessoais e o alcance e limite da base legal.

Foi embasada nesta cultura enraizada na proteção de dados pessoais que a aplicabilidade do legítimo interesse foi construída, a qual se inicia na 1ª geração de leis sobre proteção de dados, passa pela Diretiva de 95/46, Opinion 06/2014 do Working Paper 29 e desemboca no conceito hoje abarcado pelo RGPD.

Ao analisar-se o RGPD, identificam-se 173 considerados que são importantes norteadores do entendimento e aplicação dessa lei. No considerando

²⁶¹ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014, p. 47-48. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁶² Ibid., p. 48.

²⁶³ Ibid., p. 51.

47²⁶⁴, especificamente, trazem-se alguns pontos sobre os quais se entende como legítimo interesse no RGPD e sobre a sua aplicabilidade.

Observa-se que as orientações emitidas na Opinion 06/2014 foram fortemente seguidas, e o considerando 47 já sinaliza sobre a importância de uma avaliação de impacto, das expectativas razoáveis dos titulares de dados, assim como admite a utilização dessa base legal para a persecução de fraude, comercialização direta ou até mesmo casos em que há uma relação relevante entre o controlador e o titular de dados (cliente ou empregado). Constata-se que todas as hipóteses aqui enumeradas caminham no mesmo sentido do que foi elucidado pelas recomendações na Opinion 06/2014.

Da mesma forma, o considerando 69²⁶⁵ ressalta outro importante direito dos titulares de dados que também foi mencionado na *guideline*: a objeção. Menciona-se que o titular de dados deverá ter o direito de opor-se ao tratamento em virtude de sua situação específica, mesmo que seja lícito, cabendo ao responsável pelo tratamento demonstrar que os seus legítimos interesses se sobressaem aos do titular.

²⁶⁴ Considerando (47) Os interesses legítimos dos responsáveis pelo tratamento, incluindo os dos responsáveis a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou de terceiros, podem constituir um fundamento jurídico para o tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais do titular, tomando em conta as expectativas razoáveis dos titulares dos dados baseadas na relação com o responsável. 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. De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidada, 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 os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional. Dado que incumbe ao legislador prever por lei o fundamento jurídico para autorizar as autoridades a procederem ao tratamento de dados pessoais, esse fundamento jurídico não deverá ser aplicável aos tratamentos efetuados pelas autoridades públicas na prossecução das suas atribuições. O tratamento de dados pessoais estritamente necessário aos objetivos de prevenção e controlo da fraude constitui igualmente um interesse legítimo do responsável pelo seu tratamento. Poderá considerar-se de interesse legítimo o tratamento de dados pessoais efetuado para efeitos de comercialização direta. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DA>. Acesso em: 26 out. 2019.

²⁶⁵ Considerando 69: No caso de um tratamento de dados pessoais lícito realizado por ser necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento ou ainda por motivos de interesse legítimo do responsável pelo tratamento ou de terceiros, o titular não deverá deixar de ter o direito de se opor ao tratamento dos dados pessoais que digam respeito à sua situação específica. Deverá caber ao responsável pelo tratamento provar que os seus interesses legítimos imperiosos prevalecem sobre os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DA>. Acesso em: 26 out. 2019.

Todas essas sinalizações já emitidas pelos considerados da RGPD redundam no artigo 6º (f)²⁶⁶, o qual traz a previsão sobre a licitude de tratamento baseada no legítimo interesse. Até aqui, muito embora todos esses cuidados tenham sido apontados pelo WP 29 na Opinião 06/2014, não trazem grandes alterações sobre o que já era aplicado e constava na Diretiva 45/96, exceto em relação à avaliação de impacto, que acabou sendo a novidade incluída.

A própria redação dos artigos que versam sobre a licitude de tratamento de dados na Diretiva e no RGPD, respectivamente artigo 7º (f) e artigo 6º (f), são extremamente similares. Não há nenhuma grande inovação legislativa nesse ponto, porém por outros artigos inseridos pelo RGPD é que a aplicação do legítimo interesse se sedimentou.

Foi mediante os artigos 13 e 14 do Regulamento que o principal avanço em relação ao direito fundamental à proteção de dados se consolidou. O poder de disposição dos dados pelo titulares traduz-se na capacidade de consentir ou não com o tratamento.²⁶⁷ Porém tal poder mostrou-se garantido para além dos casos em que há a manifestação expressa de concordância, garantindo que o titular tenha poder sobre as informações que estão sendo tratadas sem o consentimento, com a base legal do legítimo interesse, por exemplo.

Veja-se que o artigo 13 prevê o acesso às informações quando os dados pessoais são solicitados ao titular, garantindo o acesso no momento do recolhimento. Já o artigo 14 garante o direito de acesso aos dados pessoais quando esses não são solicitados diretamente ao titular, como nos casos de tratamento de dados baseado no legítimo interesse. Inclusive menciona-se expressamente a

²⁶⁶ 1. O tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas; b) O tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; c) O tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; d) O tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; e) O tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; 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. O primeiro parágrafo, alínea f), não se aplica ao tratamento de dados efetuado por autoridades públicas na prossecução das suas atribuições por via eletrônica. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DA>. Acesso em: 26 out. 2019.

²⁶⁷ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 214.

obrigação de o controlador demonstrar os motivos que sustenta o seu legítimo interesse, devendo-se atender a esse pedido em um prazo razoável, que não poderá ultrapassar um mês.

O dever de informar ao titular de dados encontra-se no eixo central da relação com o direito de proteção de dados, um dos grandes avanços do RGPD. Com o artigo 14 barra-se o uso abusivo do legítimo interesse, inviabilizando uma aplicação muito estendida ou até mesmo indevida. Além disso, contempla-se o que foi anteriormente decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual se manifestou sobre a importância de dar acesso às informações tratadas sob o manto do legítimo interesse ao titular de dados.

Ou seja, há um forte amparo legal para que a aplicação do legítimo interesse seja efetiva e de acordo com os critérios corretos já mencionados na *Opinion 06/2014*. Possibilita-se com essa previsão legal que o titular de dados acesse todas as informações tratadas sob a base legal do legítimo interesse e constata-se se o tratamento é transparente e equitativo como previsto e garantido pelo RGPD.

Há um grande avanço quando se compara com a Diretiva, pois o RGPD traz um rol taxativo de informações que devem ser prestadas aos titulares, em um nível muito mais completo fixando-se um regime jurídico único para a comunidade europeia. Além disso, incluem-se informações relevantes como os dados do encarregado pela proteção de dados, a base legal que justifica o tratamento, o interesse legítimo do responsável e prazo pelo qual as informações são armazenadas ou ainda os critérios utilizados para definir o prazo.²⁶⁸

Ainda, inclui-se uma importante garantia prevista nos artigos 13.3 e 14.4 que menciona a necessidade de informar-se o titular de dados nos casos em que as informações forem coletadas para uma finalidade específica e posteriormente o responsável defina tratá-las para outro fim. Entende-se que essa previsão gera uma flexibilidade no sistema, evitando-se que o princípio de limitação de finalidade acabe gerando um engessamento.²⁶⁹

Ao mesmo tempo em que se contempla o dever de informação, a previsão legal também permite uma agilidade no sistema de proteção de dados, alinhada à dinâmica da sociedade da informação que se vivencia.

²⁶⁸ CONTE; BURGOS. *In*: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 215.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 217.

Mas a busca pela aplicabilidade efetiva e correta do legítimo interesse não para por aqui, quando se analisa o RGPD. Destaca-se outro importante direito que vem expresso no artigo 21 do Regulamento: o direito de oposição.

Reconhece-se, pelo artigo 21, o direito de o titular opor-se ao tratamento de dados pessoais a qualquer momento, incluindo a elaboração de perfil, assim como o *marketing* direto. Tal previsão se encontra alinhada ao considerando 69 que já mencionava essas garantias e, além disso, alinha-se ao recomendado na Opion 06/2014.

Veja-se que o artigo 21 garante expressamente o direito de oposição ao tratamento realizado com base no legítimo interesse, reforçando o poder de determinação do titular de dados. Ou seja, caberá ao responsável pelo tratamento demonstrar que os seus interesses legítimos prevalecem aos do titular de dados; do contrário, o tratamento deverá cessar.

Ainda, o artigo 21 menciona expressamente os casos de *marketing* direto, garantindo o direito de opor-se ao tratamento a qualquer momento. Sabe-se que, em geral, o tratamento está embasado no legítimo interesse, mas além da garantia geral já prevista, incluiu-se uma garantia específica para esses casos, resguardando-se de forma ampla o direito dos titulares de dados.²⁷⁰

Percebe-se que todas essas garantias legais caminham no sentido de amparar e viabilizar o que se entende por uma aplicação adequada, legítima e acima de tudo correta do legítimo interesse. A previsão de tratamento baseada no legítimo interesse é de suma importância para o sistema de proteção de dados e para a dinâmica da sociedade da informação. Porém necessita-se mais do que princípios norteadores de sua aplicação, necessita-se de garantias expressas que norteiem a aplicação da cláusula geral.

Por fim, ao buscar-se uma forma transparente e efetiva de garantir o direito do titular, inclui-se no RGPD a necessidade de realização de uma avaliação de impacto, prevista no artigo 35. Este dispositivo encontra-se alinhado ao Considerando 84 e perpassa pelos Considerando 75, 89, 90, 91, 92 e 93, que

²⁷⁰ CARO, María Álvarez. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas. p. 227-240. In: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 236.

reforçam o fundamento do risco e do potencial de dano como justificativa e fundamento para a obrigatoriedade de uma avaliação de risco.²⁷¹

Conforme já mencionado anteriormente, a avaliação de risco assume papel de grande importância quando se trata de processamento de dados baseado no legítimo interesse. Pondera-se sobre o interesse legítimo do responsável pelo tratamento e os direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados, buscando-se além do equilíbrio entre os dois eixos, a transparência e o acesso às informações tratadas.

Ainda, há necessidade de consulta prévia à autoridade de controle para os casos em que identificado um alto risco decorrente das circunstâncias da operação do tratamento, conforme previsto no artigo 36 do RGPD.²⁷² Tal consulta configura-se como uma garantia para que o responsável pelo tratamento adote medidas adequadas em relação àqueles tratamentos que podem acarretar um alto risco para os direitos fundamentais dos titulares, reforçando a responsabilidade do controlador.²⁷³

Além disso, o Working Paper 29 adotou em 4 de abril de 2007 as Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD)²⁷⁴, as quais foram revisadas em 4 de outubro de 2017. Com essa orientação, busca-se esclarecer importantes pontos sobre a realização da avaliação de impacto, inclusive sinalizando-se a necessidade de realização antes do início do tratamento, já que por meio dela ampara-se a tomada de decisão sobre o processamento dos dados e seu possível embasamento pelo legítimo interesse.

Entre os diversos elementos constantes na orientação do WP 29, destacam-se os conceitos trazidos de risco e de gestão de risco²⁷⁵, dada a ausência de tais

²⁷¹ ALVES, Fabricio da Mota. Avaliação de impacto sobre a proteção de dados. p. 185-212. In: MALDONADO, Viviane Nobrega; OPICE, Renato Blum. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. Coord. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2018, p. 191.

²⁷² Ibid., p. 198.

²⁷³ GAYO, Miguel Recio. Aproximación basada en el riesgo, evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales y consulta previa a la autoridade de control. p. 351-366. In: PIÑAR MAÑAS, op. cit., 2016, p. 365.

²⁷⁴ Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁷⁵ De acordo com o WP 29, nas Orientações relativas à Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) entende-se por risco: “Um ‘risco’ é um cenário que descreve um acontecimento e as respectivas consequências, estimado em termos de gravidade e probabilidade. Por outro lado, a ‘gestão de risco’ pode ser definida como as atividades coordenadas que visam direcionar e controlar

conceitos na legislação europeia.²⁷⁶ Com essa importante definição traz-se uma maior clareza sobre o que deve ser ponderado e considerado na avaliação de impacto e, conseqüentemente, direciona-se a aplicação do legítimo interesse no contexto da avaliação de impacto.

Além disso, a Information Commissioner's Office do Reino Unido formulou um modelo simples para a realização da avaliação²⁷⁷, em um formato de *check-list*, o qual muito embora esteja direcionada às pequenas empresas, serve como importante norteador na aplicação da avaliação de impacto.²⁷⁸ Tornar acessível e prática a implementação da avaliação de impacto potencializa as chances de que haja uma utilização efetiva dessa ferramenta e, em virtude disso, ponderam-se cada vez mais os direitos dos titulares perante aos direitos dos controladores.

Adotando-se tais medidas, garante-se a aplicabilidade criteriosa, transparente e correta do legítimo interesse, viabilizando a utilização dessa importante base legal dentro dos princípios norteadores da legislação de proteção de dados.

Identifica-se, dessa forma, que a aplicação do legítimo interesse na Europa, pela consolidação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e das orientações do Working Paper 29, encontra-se estruturada e embasada para muito além de uma cultura de proteção de dados. A história europeia converteu-se em uma legislação forte, ampla e que coloca o titular de dados como ponto central da relação.

Por meio dela, possibilita-se o exercício pleno do direito de acesso e oposição tão necessários a uma aplicação correta do legítimo interesse. Além disso, estrutura-se uma avaliação de impacto capaz de verdadeiramente avaliar os interesses dos responsáveis pelos tratamentos de dados, reforçada por inúmeras orientações provenientes do WP 29 e até mesmo de modelos de aplicação emitidos pela Information Commissioner's Office do Reino Unido.

uma organização no que toca ao risco. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236>. Acesso em: 27 out. 2019, p. 7.

²⁷⁶ ALVES, op. cit., 2018, p. 204.

²⁷⁷ Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/how-do-we-apply-legitimate-interests-in-practice/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁷⁸ ALVES, op. cit., 2018, p. 203.

Percebe-se um esforço único de toda a comunidade europeia em relação à proteção de dados acarretando o nivelamento dessa proteção e a efetividade dos direitos de todos os titulares, inclusive diante da utilização do legítimo interesse. A preocupação em harmonizar os interesses econômicos do mundo empresarial com os interesses dos titulares de dados, viabiliza-se pela utilização dessa importante base legal que é o legítimo interesse, sem com isso enfraquecer a força do indivíduo perante esse tipo de tratamento.

Conclui-se, portanto, que a aplicação do legítimo interesse, muito embora já tenha vivenciado momentos de divergência no cenário europeu, hoje, ancora-se em fortes norteadores, que conseguiram transformar a então zona cinzenta de aplicação, em uma zona clara, transparente e com limites definidos.

3.6 O Legítimo Interesse no Brasil: uma proposta de aplicação

Superada a análise do modelo europeu, chega-se à aplicabilidade do legítimo interesse no Brasil. Mas antes de adentrar no tema aqui proposto, faz-se necessário traçar um breve histórico sobre a evolução legislativa brasileira até a recente chegada da Lei Geral de Proteção de Dados.

Muito embora a LGPD seja recente, a proteção de dados pessoais no Brasil não esteve desamparada durante todo esse tempo. A Constituição Federal trouxe em seu artigo 5º, incisos X e XII, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como do sigilo de correspondência e comunicações telefônicas.²⁷⁹ De lá pra cá, várias outras legislações foram abordando o tema, como o CDC, Código Civil, Marco Civil da Internet, a Lei de Acesso à Informação e a própria Lei do Cadastro Positivo, mas a setorização e a pulverização em leis e decretos esparsos obstaculizava a efetividade do sistema.

Foi após quase uma década de debates que o Brasil finalmente aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Identifica-se a primeira consulta pública feita sobre o tema, conduzida pelo Ministério da Justiça, no final de 2010²⁸⁰ e na

²⁷⁹ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. Cap. 2. p. 53-83. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 62.

²⁸⁰ Disponível em: <http://culturadigital.br/dadospessoais/>. Acesso em: 27 out. 2019.

primeira versão do projeto de lei²⁸¹ sequer havia menção sobre o legítimo interesse. Tratava-se de um projeto bem mais enxuto em termos de direitos e de garantias do que o que foi aprovado, tendo o consentimento o papel central na legitimação do tratamento de dados.

Em 2015, foi realizada a segunda consulta pública, na qual o texto foi alterado e incluídas hipóteses em que o consentimento poderia ser dispensado²⁸², mas ainda aqui não se identifica menção expressa ao legítimo interesse.

Foi após essas duas consultas públicas, com o envio ao Congresso Nacional do texto do anteprojeto, que o legítimo interesse foi incluído como uma das bases legais que legitimam o tratamento de dados.²⁸³ Nota-se que, desde o texto do anteprojeto de Lei n. 5276/2016²⁸⁴, o artigo 7º, inciso IX²⁸⁵, já previa o legítimo interesse em redação muito próxima à que foi aprovada posteriormente. Percebe-se com isso que a ideia original foi mantida, e a notória inspiração no modelo europeu, inclusive em relação à base legal, acabou se confirmando.

Mas foi o ano de 2018 que ficou marcado na história do Brasil pela aprovação da Lei 13.709, a também chamada Lei Geral de Proteção de Dados, ou ainda LGPD. O forte contexto político em torno da LGPD fez com que o processo de tramitação assumisse uma velocidade maior em 2018, já que o Brasil, diante das intenções em ingressar na OCDE, necessitava de uma legislação sobre proteção de dados.

²⁸¹ Disponível em: <http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2010/11/PL-Protacao-de-Dados.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁸² Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protacao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁸³ Texto disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=62B6CCB8D15F03BD169F7421D3CDB6EE.proposicoesWeb1?codteor=1457971&filename=Avulso+-PL+5676/2016. Acesso em: 27 out. 2019.

²⁸⁴ Para entender-se a tramitação legislativa, o PL 5276/2016 foi anexado ao PL 4060/2012 perante a Câmara dos Deputados. Após aprovado, foi remetido ao Senado, PLC 52/2018 o qual foi aprovado em julho de 2018 e remetido ao Presidente Temer que sancionou-o em 16/08/2018, hoje Lei 13.709/2018.

²⁸⁵ Redação do art. 7º, IX do Projeto de Lei 5276/2016: Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do responsável ou terceiro, exceto no caso de prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção de dados pessoais, em especial se o titular for menor de idade.

Para que um país possa pleitear assento na OCDE, torna-se indispensável ter uma legislação alinhada ao entendimento da organização sobre proteção de dados, garantindo direitos sobre o uso, o tratamento e o armazenamento de dados na internet.²⁸⁶ Em virtude disso, tornava-se indispensável à aprovação do projeto de lei que tramitava há mais de oito anos no Congresso Nacional.

Mergulhado nesta onda de intenções, o então PLC 52/2018 foi aprovado pelo Senado Federal em julho de 2018 e remetido para sanção presidencial, o que aconteceu em 16 de agosto do mesmo ano. Contudo, a versão inicialmente sancionada por Michel Temer deixava em aberto um importante ponto na legislação: a ausência de uma autoridade fiscalizadora.

Os artigos 55 a 59, que criavam a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), foram vetados pelo Presidente Temer, sob o argumento de que haveria uma inconstitucionalidade do processo legislativo.²⁸⁷ Diante do veto, os requisitos para que o Brasil fosse considerado um país adequado em termos mundiais em relação à proteção de dados não estavam completos. A criação de uma autoridade fiscalizadora independente evidenciava-se essencial para esse reconhecimento e inclusive para a entrada do Brasil na OCDE.

Diante disso, foi apresentada pelo então Presidente da República a Medida Provisória 869/2018, posteriormente convertida na Lei 13.853/2018, que, além de criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (artigo 55-A e seguintes), altera outros dispositivos da LGPD, porém mantém hígida a cláusula do legítimo interesse.

Os avanços trazidos pela LGPD ao cenário brasileiro são incalculáveis, já que o Brasil assume um novo patamar mundial em relação à proteção de dados, nivelando e unificando a legislação sobre o tema. Além disso, a LGPD traz um rol de princípios norteadores da tutela da proteção de dados pessoais, entre eles os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, da transparência entre outros, todos fontes de sustentabilidade de um ordenamento centrado no indivíduo e

²⁸⁶ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,por-vaga-na-ocde-governo-articula-criar-orgao-para-protecao-de-dados-na-internet,70002266200>. Acesso em: 28 out. 2019.

²⁸⁷ Mensagem de veto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

preocupado em promover uma clareza regulatória. Passa-se de uma gestão de dados ao uso responsável da informação.²⁸⁸

Neste sentido, a LGPD ainda prevê o princípio de *accountability* (art. 6, X, da Lei 13.709/2018), ou seja, uma responsabilidade proativa, além da privacidade por concepção (artigo 46, §2º, da LGPD), até a figura de um encarregado pela proteção de dados pessoais, que exercerá importante papel de conexão entre os titulares dos dados, a empresa e a autoridade nacional de proteção de dados pessoais.²⁸⁹

Salienta-se que o encarregado, também conhecido como DPO (*Data Protection Officer*), assume papel de grande importância na análise do legítimo interesse, já que este será um dos agentes responsáveis por analisar esses legítimos interesses, documentá-los por meio do relatório de impacto e ainda justificá-los, perante os titulares de dados.

Partindo-se dessas considerações e da estrutura normativa trazida pela LGPD, pretende-se, com base nisso, trazer os limites e contornos do protagonismo do legítimo interesse no cenário brasileiro.

3.6.1 Os limites do protagonismo do legítimo interesse na LGPD

Como já mencionado anteriormente, a LGPD teve forte inspiração no modelo europeu e, conseqüentemente, espera-se que a aplicação do legítimo interesse também. Porém, mesmo que a legislação brasileira tenha sido fortemente inspirada na Europa, a estrutura da legislação, seu detalhamento e sua forma de aplicação são distintas, como será exposto a partir de agora.

A cláusula do legítimo interesse encontra-se prescrita no artigo 7º²⁹⁰ da normativa brasileira, mais especificamente no inciso IX, estando no artigo 10º²⁹¹ as

²⁸⁸ PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos**: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad. Madrid: Reus, 2016, p. 16.

²⁸⁹ SEMINÁRIO INTERNACIONAL. Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Tecnologia num Constitucionalismo de Múltiplos Níveis. RUARO, Regina Linden; GLITZ, Gabriela P. Coelho. **Panorama Geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a Inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu**. Granada, 2019, p. 5.

²⁹⁰ 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

possíveis aplicações. Além disso, a legislação também traz a previsibilidade do relatório de impacto à proteção de dados pessoais (artigo 38²⁹²) e garante os direitos dos titulares pelos artigos 17 a 22 da LGPD, havendo menção expressa ao direito de oposição. Identifica-se, uma grande similaridade com o RGPD, porém a normativa brasileira demonstra-se menos específica, mais abrangente, o que acarreta desdobramentos positivos e negativos.

Veja-se que uma legislação menos específica, mais abrangente, tem maior facilidade em manter-se atualizada diante das inúmeras inovações tecnológicas, novos contextos culturais e sociais e o surgimento de novos direitos. Contudo, por outro lado, tem-se uma maior dificuldade em sua aplicação, já que o alcance e o limite normativo não se demonstra tão evidente, o que pode acarretar uma flexibilidade excessiva.

Em relação ao legítimo interesse, como já mencionado anteriormente, alguns pontos são essenciais para que se tenha uma aplicação correta e criteriosa, na linha do que foi emitido como orientação pelo Working Paper 29. São eles: avaliação do interesse legítimo do controlador, impacto sobre o titular de dados,

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, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; 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.

²⁹¹ 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. § 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.

²⁹² Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

balanceamento entre os interesses legítimos do controlador e o impacto sobre os titulares e as proteções adicionais desenvolvidas para proteger o titular dos dados e evitar impactos indesejados.²⁹³

Justamente neste sentido, com o objetivo de tangibilizar-se a aplicação do legítimo interesse, para que esses elementos essenciais estejam presentes, torna-se necessário que haja responsabilidade e transparência no teste de equilíbrio realizado; que o direito de oposição seja garantido de forma fácil e ampla, reforçando a autodeterminação informativa do titular de dados; que haja possibilidade de exclusão do tratamento sem necessidade de justificativa e mecanismos viáveis para que os titulares acessem, modifiquem, excluam, transfiram ou, de outra forma, processem os dados.²⁹⁴ Todos esses elementos são viabilizadores de uma aplicação correta e adequada do legítimo interesse e tornam-se indispensáveis para que se perfectibilize a base legal.

Considerando-se todos esses elementos e a necessidade que a construção da cláusula geral do legítimo interesse se dê por idas e vindas das situações fáticas, o texto normativo assume um relevante papel.

Comparando-se a redação dos artigos do RGPD e LGPD sobre o legítimo interesse, respectivamente artigo 6º (f) e artigo 7º, IX, as redações são muito similares. A diferença está quando se analisa o artigo 14 do RGPD, sem correspondência direta com a LGPD. Nesse artigo, prevê-se o que se deve facultar ao titular de dados nos casos em que os dados pessoais não são coletados com o titular, enquadrando-se aqui o legítimo interesse.

A lista de informações constantes no artigo 14 do RGPD é extensa, iniciando-se pelo contato do responsável pelo tratamento, contatos do encarregado, finalidades do tratamento com base legal, categorias dos dados tratados e, ainda determina, de forma expressa, o item 2.b²⁹⁵, o qual traz a necessidade de que os

²⁹³ BUCAR, Daniel; VIOLA, Mário. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 471

²⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014. p. 43. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

²⁹⁵ Artigo 14, 2, (b) do RGPD: se o tratamento dos dados se basear no artigo 6º, n. 1, alínea (f), os interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou terceiro.

interesse legítimos do controlador de dados sejam fornecidos ao titular. Acrescenta-se a isso o prazo de um mês como limite para a prestação da informação.

Em contrapartida, a LGPD, em seu artigo 10, §2º,²⁹⁶ menciona apenas que nos casos de tratamento de dados com base no legítimo interesse deve-se garantir a transparência, porém não conceitua o que é entendido por “esta transparência” ou quais as informações mínimas necessárias para que se tenha em mente que o tratamento é considerado transparente.

Veja-se que se está diante de uma grande diferença, pois, enquanto na legislação europeia há embasamento legal para uma aplicabilidade adequada do legítimo interesse, a qual passa pela transparência do tratamento e acesso aos dados, no Brasil há uma previsão extremamente genérica que precisará ser endereçada pela ANPD, com o objetivo de delimitarem-se de forma mais clara os limites e contorno desse tratamento.

A responsabilidade e a transparência, quando se fala em legítimo interesse, são peças fundamentais para uma aplicabilidade adequada e alinhada aos direitos e às liberdades fundamentais do titular de dados. Neste sentido, o relatório de impacto surge com o objetivo de materializar essa transparência, pela instrumentalização do registro do tratamento de dados.

A previsão de realização de relatório de impacto para o tratamento de dados baseado no legítimo interesse encontra-se no artigo 10, §3º²⁹⁷, dispositivo que também menciona a necessidade de adoção de medidas que privilegiem a transparência para esse tipo de tratamento. Tal dispositivo encontra-se plenamente alinhado ao entendimento europeu, garantindo que, pela avaliação de impacto, a transparência do tratamento possa ser demonstrada ao titular.

²⁹⁶ Artigo 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: § 2º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

²⁹⁷ 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: § 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.

Por outro lado, a LGPD, em seu artigo 37²⁹⁸, menciona a necessidade de manutenção de registro das operações de tratamento de dados baseadas no legítimo interesse pelo controlador e operador. Veja-se que há uma diferença entre manutenção de registro e relatório de impacto, a qual não pode passar despercebida. O registro das atividades é um documento mais simples, que meramente documenta os processos relacionados ao tratamento de dados pessoais. Em contrapartida, o relatório de impacto tem por objetivo mapear riscos decorrentes da atividade de tratamento de dados pessoais e ponderar os interesses legítimos do controlador, com os direitos e liberdades fundamentais dos titulares.²⁹⁹

Seguindo-se com o propósito de garantir a transparência aos titulares de dados, a LGPD menciona, no artigo 38³⁰⁰, o relatório de impacto. No parágrafo único deste artigo, inclui-se o rol de informações mínimas que devem constar no relatório de impacto, como a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia de tratamento e de segurança da informação, a análise do controlador e as salvaguardas para mitigação do risco.

Identifica-se uma grande aproximação com os requisitos trazidos pelo artigo 35 do RGPD³⁰¹, mas novamente a normativa brasileira é muito mais suscinta que a

²⁹⁸ Art. 37. O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.

²⁹⁹ BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais, p. 305-327. In: MALDONADO; OPICE, op. cit., 2018, p. 308.

³⁰⁰ Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.

³⁰¹ Artigo 35. 1. Quando certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a proteção de dados pessoais. Se um conjunto de operações de tratamento que apresentar riscos elevados semelhantes, pode ser analisado numa única avaliação. 2. Ao efetuar uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, o responsável pelo tratamento solicita o parecer do encarregado da proteção de dados, nos casos em que este tenha sido designado. 3. A realização de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados a que se refere o n.º 1 é obrigatória nomeadamente em caso de: a) Avaliação sistemática e completa dos aspetos pessoais relacionados com pessoas singulares, baseada no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, sendo com base nela adotadas decisões que produzem efeitos jurídicos relativamente à pessoa singular ou que a afetem significativamente de forma similar; b) Operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados a que se refere o artigo 9.º, n.º 1, ou de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações a que se refere o artigo 10.º; ou c) Controlo sistemático de zonas

européia. Lá, inclui-se, de forma expressa, a necessidade de constarem no relatório os interesses legítimos do responsável pelo tratamento, assim como finalidade, avaliação de proporcionalidade, avaliação dos riscos para os direitos e liberdades dos titulares além das medidas previstas para fazer frente aos riscos. Ainda, na legislação europeia encontram-se previstos os casos em que o relatório de impacto será exigido, uma lista extensa de situações, além de, inclusive, obrigar o controlador a realizar uma consulta prévia à autoridade de controle (art. 36 do RGPD) quando a avaliação de impacto indicar elevado risco ao tratamento; enquanto no Brasil a exigência constou no texto normativo de forma mais aberta, incluindo-se apenas que a ANPD poderá determinar que o controlador elabore relatório de impacto, mas não lista para quais tipos de tratamento.

Mais uma vez, constata-se a grande diferença entre as técnicas legislativas utilizadas por esses dois sistemas jurídicos, diferença que se evidencia quando se

acessíveis ao público em grande escala. 4. A autoridade de controlo elabora e torna pública uma lista dos tipos de operações de tratamento sujeitos ao requisito de avaliação de impacto sobre a proteção de dados por força do n. 1. A autoridade de controlo comunica essas listas ao Comité referido no artigo 68. 5. A autoridade de controlo pode também elaborar e tornar pública uma lista dos tipos de operações de tratamento em relação aos quais não é obrigatória uma análise de impacto sobre a proteção de dados. A autoridade de controlo comunica essas listas ao Comité. 6. Antes de adotar as listas a que se referem os n.os 4 e 5, a autoridade de controlo competente aplica o procedimento de controlo da coerência referido no artigo 63. sempre que essas listas enunciem atividades de tratamento relacionadas com a oferta de bens ou serviços a titulares de dados ou com o controlo do seu comportamento em diversos Estados-Membros, ou possam afetar substancialmente a livre circulação de dados pessoais na União. 7. A avaliação inclui, pelo menos: a) Uma descrição sistemática das operações de tratamento previstas e a finalidade do tratamento, inclusive, se for caso disso, os interesses legítimos do responsável pelo tratamento; b) Uma avaliação da necessidade e proporcionalidade das operações de tratamento em relação aos objetivos; c) Uma avaliação dos riscos para os direitos e liberdades dos titulares dos dados a que se refere o n. 1; e d) As medidas previstas para fazer face aos riscos, incluindo as garantias, medidas de segurança e procedimentos destinados a assegurar a proteção dos dados pessoais e a demonstrar a conformidade com o presente regulamento, tendo em conta os direitos e os legítimos interesses dos titulares dos dados e de outras pessoas em causa. 8. Ao avaliar o impacto das operações de tratamento efetuadas pelos responsáveis pelo tratamento ou pelos subcontratantes, em especial para efeitos de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, é tido na devida conta o cumprimento dos códigos de conduta aprovados a que se refere o artigo 40. por parte desses responsáveis ou subcontratantes. 9. Se for adequado, o responsável pelo tratamento solicita a opinião dos titulares de dados ou dos seus representantes sobre o tratamento previsto, sem prejuízo da defesa dos interesses comerciais ou públicos ou da segurança das operações de tratamento. 10. Se o tratamento efetuado por força do artigo 6., n. 1, alínea c) ou e), tiver por fundamento jurídico o direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento está sujeito, e esse direito regular a operação ou as operações de tratamento específicas em questão, e se já tiver sido realizada uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados no âmbito de uma avaliação de impacto geral no contexto da adoção desse fundamento jurídico, não são aplicáveis os n.os 1 a 7, salvo se os Estados-Membros considerarem necessário proceder a essa avaliação antes das atividades de tratamento. 11. Se necessário, o responsável pelo tratamento procede a um controlo para avaliar se o tratamento é realizado em conformidade com a avaliação de impacto sobre a proteção de dados, pelo menos quando haja uma alteração dos riscos que as operações de tratamento representam.

traça um comparativo. O RGPD conta com 173 considerandos e 99 artigos, enquanto a LGPD tem apenas 65 artigos e não conta com nenhum tipo de orientação interpretativa. Tendo em vista essas considerações, poderia-se concluir que “a RGPD seria um código de proteção de dados que conta uma quantidade maior de dispositivos e com uma espécie de exposição de motivos, ao passo que a LGPD seria uma lei mais enxuta e sem pistas interpretativas”.³⁰² Preencher essas lacunas interpretativas requerá uma trajetória alicerçada nos anos que seguirão à entrada em vigor desta legislação.

Superado esse ponto, passa-se a analisar o direito de oposição, outro item central no eixo de equilíbrio da aplicação do legítimo interesse. A LGPD traz em seu artigo 18, §2º³⁰³ o direito de oposição, garantido para os casos de descumprimento do disposto na legislação. No RGPD, em contrapartida, há menção expressa sobre o direito de oposição ao tratamento por legítimo interesse diante da situação específica do titular dados. Cessa-se o tratamento com a manifestação do titular, a não ser que o responsável apresente razões imperiosas e legítimas para o tratamento capazes de prevalecerem sobre os direitos e liberdades dos titulares de dados.

Identifica-se, claramente, que a legislação brasileira não foi específica como o RGPD, apenas garantindo o direito de oposição. Em contrapartida, a normativa europeia imputa a responsabilidade para justificar o tratamento de dados com base no legítimo interesse ao controlador, dando-se maior robustez ao direito de oposição pleiteado pelo titular. Neste sentido também se posicionam Bruno Bioni e Laura Mendes quando concluem que “o direito à oposição parece ter uma abrangência maior no direito europeu do que no direito brasileiro, vez que o RGPD trata da possibilidade de oposição à comercialização direta de dados pessoais”.³⁰⁴

³⁰² BIONI, Bruno Ricardo; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência, p. 797-820. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 805.

³⁰³ Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: § 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.

³⁰⁴ BIONI; MENDES. In: TEPEDINO; FRAZÃO, op. cit., 2019, p. 809.

Por outro lado, a LGPD busca nortear a aplicação do legítimo interesse pelo artigo 10³⁰⁵, muito embora não limite o tratamento às situações lá mencionadas. Uma das hipóteses trazidas neste artigo é a previsão de tratamento com base no legítimo interesse direcionado ao apoio e à promoção de atividade do controlador (*marketing*), já no RGPD, ao invés de constar o *marketing* como uma das possibilidades de tratamento baseadas no legítimo interesse, menciona-se tal possibilidade vinculada ao direito de oposição do artigo 21 do Regulamento.

Mais uma vez identifica-se uma divergência significativa, já que a legislação brasileira legitima o tratamento por este motivo, enquanto a europeia, contrariamente, legitima a retirada. Observa-se que não há previsão específica para que o titular de dados possa opor-se ao *marketing* direto, havendo aqui uma lacuna significativa em relação à aplicabilidade efetiva do legítimo interesse no Brasil.

Conclui-se, portanto, que não há previsão legal expressa para a oposição ao tratamento de dados pessoais lastreado no legítimo interesse para fins de *marketing*, um dos setores que certamente mais utilizará essa base legal. Evidentemente que nos casos em que este tratamento for feito em dissonância aos princípios norteadores da legislação ou ainda que infrinja diretamente algum dispositivo legal, há clara previsão para que o indivíduo se oponha ao tratamento, porém tal previsão não garante a retirada de forma espontânea como previsto no modelo europeu.

Mais uma vez reforça-se o poder no titular de dados no modelo europeu, enquanto no brasileiro haverá a necessidade de delimitação de limites para a utilização do legítimo interesse para fins de *marketing* direto.

Por outro lado, em relação ao *marketing* indireto³⁰⁶, uma dinâmica mais intrusiva, o legítimo interesse não serviria de base legal para justificá-lo, já que

³⁰⁵ 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. § 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.

³⁰⁶ Sobre marketing indireto menciona Bruno Bioni: “há uma rede de publicidade comportamental composta por uma série de atores que trocam dados entre si e exibem tais anúncios em diferentes

dissonante das legítimas expectativas dos titulares, conforme já mencionado na análise do WP 29 e pela própria previsão expressa do artigo 7º, §7º.³⁰⁷

As expectativas dos titulares de dados revelam-se extremamente importantes para a aplicação adequada do legítimo interesse, o que já foi explorado quando abordada a Opinion 06/2014. Por essa análise constrói-se uma justificativa plausível e razoável para a aplicação dessa base legal e um equilíbrio sólido entre os interesses legítimos do controlador e os direitos e liberdades fundamentais dos titulares.³⁰⁸

Diante dessas considerações, há uma fragilidade em relação ao direito de exclusão do tratamento de dados baseado no legítimo interesse, pois a previsão contida na LGPD, além de ser mais restritiva, não faculta a possibilidade de retirada em casos que não infrinjam à legislação, limitando seu alcance.

Por fim, restam analisar as medidas que buscam mitigar o risco, os mecanismos de salvaguarda. Entre elas, destacam-se a portabilidade de dados e medidas relacionadas, como acesso direto aos dados de forma portátil, fácil de usar e legível por máquina. Todas as medidas podem auxiliar a capacitar os titulares de dados e corrigir o desequilíbrio entre grandes empresas e titulares/consumidores de dados.³⁰⁹

Veja-se que o grande sentido trazido pela Opinion 06/2014 do WP 29 foi justamente empoderar o titular de dados perante a sociedade da informação para

plataformas. Essa é a razão pela qual, por exemplo, o mesmo anúncio publicitário percorre diferentes websites visitados ou aplicativos acessados. [BIONI, op. cit., 2019, p. 264.]

³⁰⁷ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: § 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei.

³⁰⁸ Pode-se elucidar estas legítimas expectativas através do clássico exemplo de tratamento de dados baseado no legítimo interesse tendo como controlador uma farmácia. No presente caso, há legítimo interesse do controlador em direcionar promoções aos seus clientes cadastrados no programa de benefícios da farmácia, com o objetivo de promover o negócio e também de direcionar propagandas que mais interessem aos clientes, através do mapeamento de seus hábitos de consumo. Porém, não há legítimo interesse do controlador em fazer um convênio com uma seguradora e transmitir estes dados a fim de rever os prêmios estipulados aos titulares quando da contratação de um seguro saúde. Na primeira situação há uma legítima expectativa por parte do titular de dados em receber promoções sobre medicamentos e perfumarias, já no segundo exemplo a situação narrada é inusitada e foge às expectativas legítimas dos clientes.

³⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014. p. 47. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

que ele tenha conhecimento sobre seus dados e possa escolher o serviço mais adequado, portando suas informações para a empresa escolhida. Gera-se com isso um ambiente mais competitivo, no qual os titulares se encontram no eixo central podendo escolher pelos melhores produtos e serviços, e não mais o contrário.

Por tudo até aqui examinado, a efetividade de medidas de salvaguarda ampara-se no sistema de proteção de dados interpretado como um todo. Iniciativas como o “Midata”³¹⁰ no Reino Unido apontam para uma cultura de proteção de dados que é construída e consolidada diariamente, na qual o acesso e a liberdade de acesso às informações são premissa.

Tanto na legislação europeia quanto na brasileira, as medidas de salvaguarda decorrem de inúmeros dispositivos legais, que formam um sistema de proteção de dados pessoais sólido e robusto, no qual o titular de dados assume o protagonismo. Por outro lado, como já mencionado, as diferenças de técnicas legislativas entre os dois textos normativos podem acarretar divergentes aplicações e inclusive níveis de proteção.

Caberá à interpretação aplicada regular o alcance das salvaguardas adequadas ao sistema de proteção de dados brasileiro, guiando-se, sempre, pelo direito fundamental à proteção de dados pessoais.

3.6.2 A proposta de aplicação do legítimo interesse no Brasil

No segundo capítulo deste trabalho, pretendeu-se traçar uma breve trajetória do legítimo interesse. Iniciou-se pelo direito fundamental à proteção de dados, passando pelas dificuldades de aplicação de uma cláusula geral associada à problemática dos transplantes jurídicos e finalizou-se com a análise da legislação europeia e brasileira sobre este ponto de vista.

Pelo caminho percorrido, identifica-se que o sistema normativo de proteção de dados pessoais emerge da sociedade da informação, com o objetivo de proteger

³¹⁰ Veja iniciativas como “midata” no Reino Unido, que são baseadas no princípio principal de que os dados devem ser divulgados aos consumidores. Midata é um programa voluntário que, com o tempo, deve proporcionar aos consumidores um acesso cada vez maior aos seus dados pessoais em um formato portátil e eletrônico. A idéia principal é que os consumidores também se beneficiem do big data, tendo acesso a suas próprias informações para permitir que façam melhores escolhas. In: UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014. p. 47. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

o indivíduo contra potenciais riscos do tratamento de dados e ao mesmo tempo fomentar o livre fluxo de informações.³¹¹

Essa lógica expande-se de maneira transfronteiriça, já que limites territoriais não fazem mais sentido diante da sociedade da informação. O livre fluxo de dados assume papel vital na economia e por meio deste fluxo sem obstáculos, entre diferentes países, controladores e operadores constrói-se uma rica economia baseada em dados.

Observa-se que a recente aprovação da LGPD vai ao encontro de um sistema regulatório mundial de proteção de dados, fortemente direcionado pelo modelo europeu. Diante disso, a equivalência entre a normativa brasileira e a europeia adquire importância por dois motivos: o primeiro deles refere-se à probabilidade de o Brasil ser reconhecido como um país adequado sob o ponto de vista europeu de proteção de dados, mediante uma decisão favorável da Comissão Europeia; e o segundo sobressai da necessidade de que o Brasil também terá de criar padrões para examinar o grau de adequação.³¹²

O reconhecimento do Brasil como um país adequado pela Europa acarreta inúmeras vantagens, tanto para entidades públicas quanto privadas, garantindo o acesso ao mercado econômico europeu. Da mesma forma, estar alinhado a padrões mundialmente reconhecidos eleva o Brasil em termos regulatórios e novamente gera reflexos positivos.

Diante disso, e de todos os reflexos concretos que a sociedade da informação traz à economia mundial, torna-se impensável construir um modelo interpretativo da LGPD distante do modelo europeu. Por outro lado, diante das diferentes técnicas legislativas, a LGPD exigirá uma interpretação qualitativa calcada em uma forte atuação da ANPD, a qual assumirá o papel de verdadeira guardiã da proteção de dados no Brasil.

Alcançando-se o proposto pelo artigo 55-J da LGPD, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados dará o tom interpretativo necessário para que a LGPD tenha o *enforcement* mundialmente esperado.

Nesse sentido, ao deparar-se com uma cláusula geral do legítimo interesse a necessidade de construção casuística torna-se latente e a experiência europeia

³¹¹ BIONI; MENDES In: TEPEDINO; FRAZÃO, op. cit., 2019. p. 819.

³¹² Ibid., p. 818-819.

extremamente necessária para uma aplicação coerente. O Brasil, ao optar por realizar um transplante jurídico do RGPD, reconheceu que tal modelo é uma referência mundial para proteção de dados, tendo o prestígio suficiente para ser importado e, conseqüentemente, nortear a aplicação do modelo brasileiro.

Assim, muito embora se tenham elencado inúmeras diferenças entre as legislações, chegando-se a concluir, inclusive, que o RGPD tem um modelo mais robusto do que a LGPD, isso em momento algum inviabiliza ou enfraquece a normativa brasileira. Bem pelo contrário. Ao inspirar-se em um modelo regulatório, torna-se consequência natural inspirar-se também em seu modelo interpretativo, abraçando anos de análise casuística europeia e, através deles, embasar-se para a construção de um sólido ordenamento de proteção de dados brasileiro.

Concluiu-se, diante disso, que a aplicação da base legal do legítimo interesse está amplamente enraizada à experiência europeia, materializada pela Opinion 06/2014 e hoje consolidada no RGPD, a qual prioriza o titular de dados como protagonista neste ambiente de ampla circulação de dados, sendo este o verdadeiro termômetro do legítimo interesse.

6 CONCLUSÃO

A aplicabilidade do legítimo interesse, dentro da temática da proteção de dados pessoais, consiste em um verdadeiro desafio. Equilibrar a tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais e os legítimos interesses do controlador de dados não é tarefa fácil e prescinde de uma análise substancial da história da aplicabilidade do legítimo interesse na Europa e os reflexos esperados desta trajetória no Brasil.

Buscando encontrar o equilíbrio entre dois direitos, este trabalho enfrentou a temática da aplicabilidade do legítimo interesse com base na premissa de que o direito à proteção de dados pessoais é um direito fundamental, amparado e protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí, e considerando-se como ponto de partida do núcleo fundamental desse direito à dignidade da pessoa humana, entende-se que nenhum indivíduo deve ser submetido a um tratamento de dados de forma ilimitada.

Dessa forma, conclui-se que o titular de dados precisa ter o poder de controlar e gerir todos os seus dados pessoais, não podendo submeter-se a um tratamento descontrolado de suas informações, sob pena de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Ou seja, a identidade digital diz muito sobre todo e qualquer indivíduo e, por isso, precisa ser respeitada e preservada.

Com base nessas considerações, conclui-se que a aplicação do legítimo interesse necessita de contornos e de limites muito claros, para que, ao sopesarem-se direitos dos titulares perante os direitos dos controladores, não haja nenhuma violação a direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos que estão sujeitos ao tratamento de dados.

Contudo, ao analisar-se o legítimo interesse, não se pode esquecer de que estamos diante de uma cláusula geral. Pela pesquisa realizada, constata-se que há uma necessária análise casuística para a interpretação do que se entende por legítimo interesse, sendo tal conceito construído por idas e vindas ao caso concreto.

Assim, a história trilhada na Europa colabora, e muito, para a construção da aplicabilidade do legítimo interesse no Brasil, já que evidencia a aplicabilidade dessa base legal pelos exemplos concretos, amplamente discutidos por lá. Além disso,

depreende-se da pesquisa realizada que o Brasil optou por realizar um verdadeiro transplante jurídico da legislação europeia, a qual redundou na atual LGPD.

Partindo-se dessa conclusão, entende-se que, ao importar um modelo regulatório, por seu prestígio e reconhecimento, a consequência direta está em trazer junto à história interpretativa que o cerca. Assim, o rico debate travado sobre proteção de dados na Europa, e mais especificamente a análise e conclusões feitas a respeito do legítimo interesse, não podem ser desconsideradas no modelo de aplicação brasileiro.

A história europeia em muito contribui e direciona a aplicabilidade desta base legal de forma correta e criteriosa, sendo um verdadeiro direcionador para a aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. A Opinion 06/2014 deve ser entendida como uma fonte interpretativa do legítimo interesse, demarcando os limites e alcance dessa base legal no ordenamento pátrio. Foi por esse estudo, embasado em uma análise casuística e com orientações concretas de aplicação, que se direcionou, de forma exitosa, o balanceamento entre os legítimos interesses do responsável pelo tratamento e os direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados.

Constata-se, portanto, que a aplicação adequada do legítimo interesse prescinde de algumas premissas. São elas: tornar os dados acessíveis ao titular, dando transparência ao tratamento; demonstrar um interesse claro, real e presente, além de aceitável, capaz de ser justificado; respeitar as legítimas expectativas dos titulares de dados; realizar o tratamento baseado nos princípios norteadores da proteção de dados; e, por fim, sempre realizar o teste de equilíbrio, balanceando os legítimos interesses do controlador e os direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados.

Adotando todas essas medidas, mediante registro do teste de equilíbrio por meio do relatório de impacto transparente e bem embasado, a aplicação do legítimo interesse alcança o fim proposto e tutela os direitos dos titulares de dados e dos controladores e, acima de tudo, o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Assim, conclui-se que é possível uma aplicação transparente e ponderada do legítimo interesse pela LGPD, mesmo que para tanto haja uma considerável atenção. Tal aplicação prescinde da análise europeia sobre a aplicabilidade dessa

base legal, das orientações por lá emitidas e do equilíbrio dos dois lados dessa equação.

Somente assim, utilizando-se do direito fundamental à proteção de dados pessoais como norteador da LGPD, é que se terá uma efetiva e equilibrada aplicação do legítimo interesse, alcançando-se o equilíbrio pretendido entre controladores e titulares de dados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabricio da Mota. Avaliação de impacto sobre a proteção de dados. p. 185-212. *In*: MALDONADO, Viviane Nobrega; OPICE, Renato Blum. **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. Coord. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. Ed. rev e atual. Malheiros: São Paulo, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BIONI, Bruno Ricardo. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo "Lulu". *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 23. Vol. 94. Jul-ago/2014. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.

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

BIONI, Bruno Ricardo; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral Brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência, p. 797-820. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei n. 13.709**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 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: 07 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória 869**. Altera a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Constituinte, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais, p. 305-327. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE, Renato Blum. (coord.) **Comentários ao GDPR Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BUCAR, Daniel; VIOLA, Mário. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A Construção de um Conceito de Privacidade, as Cláusulas Gerais e a Concreção de Direitos Fundamentais. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de Direito Privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARO, María Álvarez. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas. p. 2227-240. *In*: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad**. Madrid: Editora Reus, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 19. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Paz e Terra, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura**. Vol. 1, 10. Ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CONTE, Julen Fernández; BURGOS, Diego León. Antecedentes y proceso de reforma sobre protección de datos em la Unión Europea, p. 35-50. *In*: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad**. Madrid: Editora Reus, 2016.

CORCHETE, Juan Antonio Hernández. Transparencia en la información al interesado del tratamiento de sus datos personales y en el ejercicio de sus derechos, p. 205-226. *In*: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad**. Madrid: Editora Reus, 2016.

CORDEIRO, António Meneses. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

COST, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais, p. 61-78. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 35, 2016.

DPIA: Data Protection Impact Assessment under the GDPR – a guide. Disponível em: <https://www.i-scoop.eu/gdpr/dpia-data-protection-impact-assessments/>. Acesso em: 25 out. 2019.

DRUMMOND, Victor. **Internet Privacidade e Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *In: Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, n. 39, 76-96, p. 80-81.

FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexos de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. *In: Revista Civilística*, a. 5, n. 1, p. 1-41, mai. 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. Duty Mitigate the Loss. Cheapest Cost Avoider. Hand Formula: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 13/2017, p. 249-279. Out/Dez/2017.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARCÍA, José Leandro Núñez. El Encargado del Tratamiento. *In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.)*. **Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad**. Madrid: Editorial Reus, 2016.

Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) (wo248rev01). Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236. Acesso em: 26 out. 2019.

GULARTE, Caroline M. Lima; GLITZ, Gabriela P. Coelho. O novo regulamento europeu de proteção de dados. **CONPEDI**, nov./2018.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. *In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

LOSANO, Mario; LUÑO, Antonio-Enrique Pérez; MATEUS, Maria Fernanda Guerrero. **Libertad informática y leyes de protección de datos personales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

LUZZATTI, Cláudio. La Vaghezza dele Norme – Um’analisi del linguaggio giuridico. Milano: Giufrè, 1990, p. 5. *In*: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob (Orgs.). **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE, Renato Blum. (Coord.). **Comentários ao GDPR Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE, Renato Blum. (Coord.). **LGPD Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTÍNEZ, Ricard Martínez. **Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. [Organização e introdução: Leonardo Martins. Prefácio: Jan Woischnik. Trad. Beatriz Hennig *et al.*]

MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob (Orgs.). **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob (Orgs.). **Estudos de Direito Privado e Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob (Orgs.). **Modelos de Direito**

Privado. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES DE CORDEIRO, António Manuel. **Da Boa-Fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2017.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consume digital e o direito consumidor. **Revista de Direito do Consumidor.** Vol. 125/2019, set-out. p. 249-279. Out/Dez/2017.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. Cap. 2. p. 53-83. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. **A importância dos Conceitos na Construção da Dogmática.** Estudos de direito privado e processual civil em homenagem ao Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [Organizadoras MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de.]

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o cuidadaní@.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Nuevas tecnologías y derechos humanos. El tiempo de los derechos 4.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos:** hacia un nuevo modelo europeo de privacidad. Madrid: Reus, 2016.

PINAR MANAS, Jose Luis. (Dir.) **Transparencia, acceso a la información y protección de datos.** Madrid: Reus, 2014.

PINAR MANAS, Jose Luis. **Introducción.** Hacia un Nuevo Moledo Europeo de Protección de Datos. Reglamento General de Protección de Datos – Hacia un nuevo modelo de privacidad. Editora Reus: Madrid, 2016.

POU, Maria Arias. Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos. *In:* PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad.** Madrid: Editora Reus, 2016.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32016R0679>. Acesso em: 20 abr.

2018.

Rios, C., ¿Nuevos paradigmas de vigilancia? Miradas desde América Latina. **Memorias del IV Simpósio Internacional Lavits**, Buenos Aires. Disponível em: https://descargas.vialibre.org.ar/libros/lavits/Lavits2016_BsAs_Libro.pdf. Acesso em: 15 out. 2019.

RODOTÁ, Stefano. **A vida da sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel P.; FINGER, Brunize. O direito à proteção de dados pessoais e à privacidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Vol. 53. Curitiba: UFPR, 2011.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. O direito à proteção dos dados pessoais na sociedade da informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 36, jan/jun 2010, p. 178-199.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. **Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais**. Direitos Fundamentais e Justiça. Vol.1. Porto Alegre: PUCRS, 2007.

SACCO, Rodolfo. **Introdução do Direito Comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. NETO, Artur M. Ferreira. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL - Direitos Fundamentais, Desenvolvimento e Tecnologia num Constitucionalismo de Múltiplos Níveis. RUARO, Regina Linden; GLITZ, Gabriela P. Coelho. **Panorama Geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a Inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu**. Granada, 2019.

SIEMS, Mathias. **Comparative Law**. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2014.

SILVA, Clóvis do Couto. **A obrigação como processo. Reimpressão.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

UNIÃO EUROPEIA WORKING PAPER 29 – Opinion 6/2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÉ DAS REGIÕES «Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na Uniao Europeia. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0609&from=ES>. Acesso em: 14 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DA>. Acesso em: 17 mar. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDES, Louis D. The Right to Privacy. *In: Harvard Law Review*, Vol. 4, N. 5 (Dec. 15, 1890), p. 193-220. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%2818901215%294%3A5%3C193%3ATRTP%3E2.0.CO%3B2-C>. Acesso em: abr. 2019.

Watson, Ian. **The Birth of Legal Transplants.** 41. GA. J. INT'L & COMP. L. 605 (2013). Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol41/iss3/3>. Acesso em: 18 out. 2019.

WEBER, Thadeu. Direito e Justiça em Kant. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** Janeiro-junho 2013.

WIKIPEDIA. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data#Definição. Acesso em: 20 out. 2019.

WORKING PAPER 29 Opinion 6/2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

SITES CONSULTADOS

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=115205&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=5784789>. Acesso em: 18 out. 2019.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48382&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3780937>. Acesso em: 14 out., 2019.

<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>. Acesso em: 27 out. 2019.

<http://www.bizkaia.eus/ogasuna/europa/pdf/documentos/10-com609.pdf?hash=840e5cf7ab5a5ccbe22173837ec6cee5>. Acesso em: 14 out. 2019.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709. Acesso em: 05 out. 2019.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm. Acesso em: 28 out. 2019.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 07 out. 2019.

https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf. Acesso em: 07 out. 2019.

https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236. Acesso em: 27 out. 2019.

<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,por-vaga-na-ocde-governo-articula-criar-orgao-para-protecao-de-dados-na-internet,70002266200>. Acesso em: 28 out. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 13 out. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0265&from=ES>>. Acesso em: 14 out., 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso em: 14 out. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DA>. Acesso em: 26 out. 2019.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0087:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 14 out. 2019.

<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/legitimate-interests/how-do-we-apply-legitimate-interests-in-practice/>. Acesso em: 27 out. 2019.

https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data#Definição. Acesso em: 05 out. 2019.

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=62B6CCB8D15F03BD169F7421D3CDB6EE.proposicoesWeb1?codteor=1457971&filename=Avulso+-PL+5676/2016. Acesso em: 27 out. 2019.

<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/CARTAFUNDAMENTAL.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>. Acesso em: 13 out. 2019.

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 13 out. 2019.

<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 10 out. 2019.

<https://icosearch.ico.org.uk/s/search.html?collection=ico-meta&query=sample+lia+template&profile= default>. Acesso em: 27 out. 2019.

<http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2010/11/PL-Protacao-de-Dados.pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>. Acesso em: 18 out. 2019.

<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/09/brasil-e-2-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.html>. Acesso em: 13 out. 2019.

<http://culturadigital.br/dadospessoais/>. Acesso em: 27 out. 2019.