

São Paulo, 26 de julho de 2021.

Para: IAB Brasil

De: Leonardi Advogados | Marcel Leonardi

Ref.: Publicidade Personalizada e LGPD

Este parecer foi elaborado a pedido da Associação de Mídia Interativa (“IAB Brasil”), de forma a analisar algumas implicações da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, “LGPD”) à publicidade personalizada.

O parecer está estruturado da seguinte forma:

- A) *Publicidade personalizada: conceito e benefícios*
- B) *Síntese de como a publicidade personalizada funciona*
- C) *Publicidade personalizada: dados pessoais e dados “não-pessoais”*
- D) *Controladores e operadores na publicidade personalizada*
- E) *Bases legais de tratamento: ausência de hierarquia*
 - a) *Consentimento: aspectos gerais relevantes*
 - b) *Execução de contrato: aspectos gerais relevantes*
 - c) *Interesses legítimos: aspectos gerais relevantes*
- F) *Bases legais aplicadas à publicidade personalizada*
 - a) *Consentimento: teoria abstrata vs. dificuldades práticas*
 - b) *Execução de contrato: possibilidades e limitações*
 - c) *Legítimo interesse: as expectativas do titular*
 - d) *Legítimo interesse: transparência*
 - e) *Legítimo interesse: elementos gerais de avaliação*
- G) *Conclusão*

A) Publicidade personalizada: conceito e benefícios

A Internet revolucionou o acesso à informação e criou diversas novas modalidades de anúncios que podem ser utilizados para atingir potenciais consumidores: além da publicidade contextual, baseada no tipo de conteúdo acessado, tornou-se possível exibir anúncios diferentes para pessoas diferentes em um mesmo site, aplicativo ou plataforma, com base nos interesses e nas preferências individuais de cada pessoa, o que se convencionou chamar de “publicidade personalizada” (“*targeted advertising*”), também conhecida como “publicidade direcionada”, “publicidade baseada em interesses” ou “publicidade comportamental”.

Esse novo paradigma traz diversos benefícios concretos a todos os participantes da cadeia de publicidade digital e ao próprio consumidor.

Da perspectiva do *consumidor*, a publicidade personalizada:

- (i) possibilita sua exposição a marcas, produtos, serviços e causas de seu interesse;
- (ii) ajuda na comparação e substituição de produtos e serviços por outros equivalentes, muitas vezes a preços menores ou condições melhores;
- (iii) aumenta seu poder de escolha e de barganha, em razão da multiplicidade de ofertas disponíveis;
- (iv) economiza tempo e custos de transação, agilizando o processo de busca por produtos e serviços ideais às suas necessidades específicas;
- (v) auxilia na aquisição de produtos e serviços de nicho que não são oferecidos localmente e que dificilmente são anunciados para o público de forma geral, ao contrário de bens e serviços para consumo de massa; e
- (vi) permite a utilização, de forma gratuita e contínua, de conteúdos, aplicativos e serviços online custeados por publicidade.

Da perspectiva dos *anunciantes*, a publicidade personalizada:

- (i) permite a empresas de qualquer lugar do mundo alcançar consumidores potencialmente interessados em seus produtos e serviços específicos;
- (ii) viabiliza que pequenos negócios façam publicidade de modo acessível e a custos baixos, alcançando consumidores que de outra forma dificilmente saberiam da existência de seus produtos ou serviços;
- (iii) facilita às marcas criar conexões significativas com grupos de consumidores específicos, gerando confiança, engajamento, reciprocidade e valor; e

- (iv) traz melhor retorno sobre o investimento, minimizando a exposição de consumidores a anúncios que não correspondam a seus interesses.

Da perspectiva da *sociedade*, a publicidade personalizada:

- (i) estimula o crescimento econômico, aumentando a eficiência e diminuindo os custos da publicidade e do *marketing* de modo geral¹.
- (ii) aumenta a competição, permitindo que qualquer anunciante, independentemente de porte ou orçamento, tenha a oportunidade de alcançar consumidores interessados em seus produtos e serviços;
- (iii) transforma um comércio ou uma indústria local em um ator econômico internacional, permitindo que milhões de consumidores de todo o mundo conheçam seus produtos e serviços;
- (iv) representa em muitos casos a única alternativa para pequenos negócios fazerem publicidade, ante os elevados custos de anunciar em televisão, rádio ou imprensa;
- (v) fortalece o jornalismo isento e independente, custeado por anúncios de interesse da audiência, por mais diversas que sejam suas preferências;
- (vi) permite que produtos e serviços sejam oferecidos de forma individualizada e personalizada, e não apenas de maneira massificada;
- (vii) ajudam organizações não-governamentais e governos a divulgar programas sociais, campanhas educativas e conscientizar a população sobre temas importantes, alcançando o público que mais necessite de comunicação sobre políticas públicas e grupos de pessoas mais propensas a se engajar com essas questões e disseminar informações de interesse público;
- (viii) viabiliza novos modelos de negócio, como o oferecimento em larga escala de conteúdos, aplicativos e serviços online gratuitos para grupos de consumidores, custeados por publicidade; e
- (ix) possibilita que sites e veículos online democratizem a disponibilização de conteúdo, alcançando a maior quantidade possível de pessoas (e não somente quem poderia pagar pelo acesso ao conteúdo), apresentando informações relevantes e personalizadas de acordo com os interesses e preferências de cada indivíduo.

¹ Com a pandemia do COVID-19, a mudança para o ambiente digital foi fundamental para a sobrevivência dos negócios, principalmente micro e pequenas empresas. Pesquisa recente da Fundação Getúlio Vargas, intitulada “O Impacto da pandemia de coronavírus nos Pequenos Negócios”, indica que 7 a cada 10 micro e pequenas empresas utilizam a Internet para comercializar e promover seus produtos e serviços. Disponível em:

https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/impacto_coronavirus_nas_mpe_9aedicao_diretoria_v3_1.pdf.

Além disso, a publicidade personalizada também potencializa os benefícios gerais de toda atividade publicitária:

- (i) anúncios oferecem aos consumidores informações essenciais às suas escolhas, que tendem a ser mais próximas de suas reais necessidades quanto mais coerentes forem as informações disseminadas;
- (ii) com base nas escolhas dos consumidores, o sistema produtivo consegue alocar melhor seus recursos, de forma a atender eficientemente a demanda e oferecer produtos e serviços com os atributos desejados pelas pessoas; e
- (iii) a publicidade ajuda a mitigar a assimetria de informação entre consumidores e fornecedores, reduzindo custos sociais implícitos nas decisões privadas de consumo, aumentando a eficiência do mercado.

Não é à toa que o próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) estabelece, em seu artigo 5º, que *“nenhum anúncio deve depreciar a atividade publicitária ou desmerecer a confiança do público nos serviços que a publicidade presta à economia como um todo e ao público em particular”* (grifamos).

B) Síntese de como a publicidade personalizada funciona

De forma bastante resumida, a publicidade personalizada tem como objetivo exibir anúncios relevantes e úteis, no momento adequado, para pessoas potencialmente interessadas nos produtos ou serviços anunciados. Isso é possível graças à análise da atividade *online*² de usuários ao longo do tempo, de forma a conhecer melhor seu comportamento e tentar inferir parte de suas preferências e de seus interesses.

A personalização dos anúncios leva em consideração diversos elementos, os quais variam conforme as práticas de cada empresa. Normalmente, de modo a construir e manter um perfil comportamental relativo a cada usuário ou grupos de usuários, costumam ser analisadas:

- a) *interações do usuário* com sites, aplicativos e serviços, tais como visitas, cliques, comentários, publicações, conteúdo consumido, tempo de visita e compras;
- b) *informações dos dispositivos utilizados*, como marca e modelo do aparelho, sistema operacional, resolução da tela e aplicativos instalados; e

² Em alguns casos, a atividade off-line de usuários também é analisada (por exemplo, compras realizadas fisicamente em supermercados e drogarias e atreladas a programas de fidelidade) e integrada posteriormente a aplicativos e sites como parte do perfil daquele indivíduo, sendo então utilizada em publicidade personalizada.

- c) *informações fornecidas pelo próprio usuário*, como idade, e-mail, gênero, localização³, estado civil, idioma, renda, grau de instrução, *hobbies* e outras.

A publicidade personalizada é essencialmente *probabilística*, e não *determinística*: a análise da atividade *online* de determinado usuário auxilia na construção de modelos estatísticos que apontam probabilidades relativas a potenciais preferências e interesses, que podem ou não se confirmar, conforme a qualidade das informações.

Ao contrário do que se costuma imaginar, desde que exista um volume suficiente de informações para a análise inicial, no contexto da publicidade personalizada a *qualidade* dos dados é muito mais importante do que a *quantidade* desses dados, já que informações em excesso, desatualizadas ou incorretas podem levar a inferências equivocadas e diminuir consideravelmente a relevância e a utilidade dos anúncios exibidos para o usuário. Em outras palavras, o benefício do uso de mais dados tende a ser marginal e decrescente.

Diversos métodos e diferentes tecnologias podem ser empregados para a formação de perfis comportamentais e a exibição de anúncios personalizados, não sendo objeto deste parecer analisar cada um deles individualmente. Porém, todos têm como objetivo comum conhecer melhor a atividade do usuário para tentar inferir seus interesses e suas preferências.

Vale observar, porém, que a publicidade personalizada envolve múltiplos atores com papéis e responsabilidades diferentes, de acordo com suas atividades específicas, como se verá mais adiante.

C) Publicidade personalizada: dados pessoais e dados “não-pessoais”

Como visto, a publicidade personalizada é realizada por meio da análise das atividades *online* de usuários, englobando diversos elementos distintos. Dependendo das circunstâncias, alguns desses elementos poderão ser considerados dados pessoais ou dados “não-pessoais”⁴.

³ Localização, neste contexto, pode ser tanto *aproximada* (inferida em relação a um país, estado, cidade ou região, como por exemplo a partir do endereço IP de uma conexão ou *mac address* de um dispositivo) ou *precisa* (e.g. dados de geolocalização decorrentes das informações de um aparelho celular com o GPS habilitado no momento do uso de um *app*).

⁴ A expressão “dados não-pessoais” é utilizada para se referir a quaisquer dados “*que não sejam dados pessoais na acepção do GDPR*” pelo Regulamento 2018/1807 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo a um regime para o livre fluxo de dados não pessoais na União Europeia, razão pela qual utilizamos a mesma expressão com o mesmo sentido neste documento.

É importante compreender, portanto, em que circunstâncias os dados utilizados no contexto da publicidade personalizada são ou não são considerados dados pessoais, tendo em vista que o tratamento de *dados pessoais*, inclusive nos meios digitais, está sujeito à LGPD.

A LGPD define **dado pessoal** como *“informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”*. O conceito é idêntico ao existente no artigo 4º, 1, do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“GDPR”) europeu. No entanto, a LGPD não define o que significa “identificável”. O GDPR apresenta detalhes adicionais, afirmando que é identificável a pessoa natural *“que possa ser identificada, direta ou indiretamente”*, em especial por referência a um identificador, que pode ser um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores eletrônicos ou outros elementos específicos relacionados a essa pessoa natural.

O *Recital 26* do GDPR também deixa claro que, para determinar se uma pessoa natural é identificável, devem ser levados em consideração *“todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento, quer por outra pessoa, para identificar direta ou indiretamente a pessoa natural”*.

O *Recital 30* do GDPR, por sua vez, destaca que *“as pessoas naturais podem ser associadas a identificadores por via eletrônica, fornecidos pelos respectivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (cookie) ou outros identificadores (...)”*, como as etiquetas de identificação por radiofrequência. Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas naturais”.

Ainda que a lei brasileira não tenha esclarecido diretamente em seu texto o que significa *“pessoa natural identificada ou identificável”*, é razoável esperar que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”), como órgão central de interpretação⁵ da LGPD, utilize o GDPR como uma de suas referências, em conjunto com outras normas recentes de proteção de dados pessoais vigentes em outros países, sempre levando em consideração, porém, a realidade socioeconômica brasileira e as peculiaridades de nosso sistema jurídico.

⁵ Art. 55-K. (...) Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação.

Nesse contexto, o conceito de dado pessoal é bastante amplo, podendo englobar tanto as informações que claramente identificam uma pessoa natural (como seu nome completo, número de RG ou CPF) quanto informações a ela relacionadas (como preferências, interesses, compras, transações, estado civil, idade, renda, arquivos de crédito, empréstimos, histórico de buscas, identificadores digitais como endereço IP, entre diversas outras), sempre que forem combinadas de forma a possibilitar a identificação dessa pessoa natural.

A LGPD também apresenta os conceitos de **dado pessoal sensível**, definido taxativamente⁶ como “*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*”, e de **dado anonimizado**, definido como “*dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento*”.

Além disso, todos os dados, pessoais e não pessoais, utilizados para a *formação do perfil comportamental* de determinada pessoa natural, **se identificada**, poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, como dispõe o 12, § 2º da LGPD. É preciso, portanto, compreender se as preferências e os interesses atrelados ao perfil de uma pessoa cuja identidade é desconhecida ainda assim permitem sua identificação ou individualização.

Esse trecho da LGPD é particularmente importante no contexto da publicidade personalizada, tendo em vista que diversas empresas participantes da cadeia de publicidade digital criam e mantêm perfis comportamentais de usuários derivados da análise de suas atividades *online*, com o objetivo de tentar analisar parte de suas preferências e de seus interesses para posteriormente exibir publicidade personalizada.

No entanto, nem sempre um perfil comportamental criado a partir da análise das atividades online de um usuário estará *identificado*, ou seja, permite identificar quem é a pessoa natural associada a esse perfil. Em alguns casos, será necessário analisar se uma determinada empresa adotou ou não providências técnicas capazes de impedir que os dados coletados sejam associados a um indivíduo ou a um dispositivo.

⁶ É salutar que o conceito de dados sensíveis seja taxativo e não meramente exemplificativo, exatamente como se dá na União Europeia e em outros países. Em razão de sua especialidade e das diversas restrições impostas ao seu tratamento, é preferível que dados sensíveis sejam sempre definidos de modo taxativo, em *numerus clausus*, tal como feito pela LGPD, e não de forma aberta e genérica como previam projetos de lei anteriores sobre o tema, de modo a não criar insegurança jurídica.

Como destacado pelo *Office of the Australian Information Commissioner* (OAIC), autoridade de proteção de dados da Austrália, “as informações que um anunciante online coleta sobre um usuário frequentemente não são suficientes para identificar esse usuário – podem ser apenas informações gerais sobre interesses e sites visitados. Uma organização que faz uso de publicidade personalizada nem sempre precisará cumprir com o *Privacy Act* a respeito de como informações pessoais são utilizadas. Entretanto, é importante lembrar que novas tecnologias estão tornando mais fácil que as informações que você fornece quando está online sejam combinadas (...)”⁷.

Em outras palavras, ainda que executem atividades relacionadas à publicidade personalizada, nem sempre os participantes da cadeia de publicidade digital realizam o tratamento de dados pessoais. Em certos casos, alguns desses participantes apenas utilizam dados agregados e simplesmente não têm acesso a informações adicionais que possibilitariam a identificação de usuários em específico, ainda que outros participantes diferentes consigam, pelo uso de informações adicionais a que só eles têm acesso, identificar essas pessoas individualmente.

Esse cenário, porém, tende a ser exceção e não regra no contexto da publicidade personalizada, particularmente em razão da combinação de dados não-pessoais com dados pessoais e da utilização de identificadores eletrônicos que, quando reunidos com outras informações, possibilitam individualizar um usuário específico, ainda que não se conheça seu nome.

Por exemplo, é comum que, para exibir anúncios personalizados, um site compartilhe com outros participantes da cadeia de publicidade determinadas informações como a idade (ou faixa etária) e gênero (se conhecido) do usuário, seu endereço IP, dados de localização, informações do dispositivo e “identificadores online”.

Por esses motivos é que o *Information Commissioner’s Office* (ICO), autoridade de proteção de dados do Reino Unido, orienta que “ao avaliar se um indivíduo é identificável, você deve considerar se os identificadores online, por conta própria ou em combinação com outras informações que podem estar disponíveis para aqueles que tratam os dados, podem ser usados para distinguir um usuário de outro, possivelmente pela criação de perfis dos indivíduos para identificá-los.”⁸

⁷ Cf. Office of the Australia Information Commissioner, Targeted Advertising, disponível em <https://www.oaic.gov.au/privacy/your-privacy-rights/advertising-and-marketing/targeted-advertising/>.

⁸ Cf. ICO, What are identifiers and related factors?, disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/what-is-personal-data/what-are-identifiers-and-related-factors/>.

Ainda que a ANPD não tenha se manifestado sobre o tema, é possível que as orientações do ICO tenham alguma influência sobre como esta lacuna conceitual será preenchida no direito brasileiro.

Somente por meio da avaliação detalhada das atividades de cada empresa é que se faz possível confirmar se ela é capaz de identificar ou não indivíduos e, conseqüentemente, se realiza ou não o tratamento de dados pessoais⁹.

Na esmagadora maioria dos casos, porém, em razão da amplitude do conceito de dado pessoal, uma ou mais das empresas participantes da cadeia de publicidade digital atuarão como agentes de tratamento de dados pessoais, devendo compreender se exercem o papel de *controladores* ou de *operadores*, como se expõe a seguir.

D) Controladores e operadores na publicidade personalizada

A LGPD dispõe que os agentes de tratamento de dados pessoais podem atuar como “controladores” ou como “operadores”. Esses conceitos são fundamentais, tendo em vista que exercem um papel crucial para a aplicação da LGPD, determinando quem é responsável pela conformidade com diferentes trechos da lei.

Controlador é definido pela LGPD como a “*pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais*”. O controlador (“*data controller*”) determina as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais, ou seja, o “porquê” e o “como” desse tratamento. Já o **operador** é definido pela LGPD como a “*pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador*”. O operador (“*data processor*”) normalmente realiza o tratamento de dados pessoais de acordo com as instruções recebidas do controlador.

A caracterização de uma empresa como controladora ou operadora, porém, é mais complexa do que parece, dada a natureza multifacetada das operações de tratamento de dados pessoais.

⁹ A implementação de tecnologias pró-privacidade pode, em muitos casos, evitar o tratamento de dados pessoais por algumas empresas participantes da cadeia de publicidade digital. Um exemplo relevante são ferramentas de “*differential privacy*”, sistema que permite o compartilhamento público de informações sobre padrões e comportamentos de um grupo de usuários sem que seja necessário conhecer ou revelar a identidade específica de cada um deles. Vide, por exemplo, algumas ferramentas de “*differential privacy*” oferecidas como software livre disponíveis em <https://github.com/google/differential-privacy>.

Os conceitos de controlador e de operador são conceitos funcionais, ou seja, estão diretamente atrelados às funções efetivamente realizadas por cada agente de tratamento. A análise de suas atividades, portanto, é imprescindível para determinar se uma empresa atua, para cada atividade específica, como controladora ou como operadora.

A caracterização de uma empresa como controladora ou como operadora é sempre contextual, ou seja, varia conforme a atividade de tratamento específica: uma mesma empresa ou entidade pode ser controladora ou operadora para atividades distintas. A definição é essencial para diferenciar as responsabilidades aplicáveis a cada uma das partes envolvidas no tratamento de dados, isto é, para definir os direitos e as obrigações de cada uma delas perante os titulares de dados pessoais.

É importante enfatizar que a caracterização de uma empresa como controladora ou como operadora **deriva da realidade dos fatos**, ou seja, de quem efetivamente faz o que em cada atividade de tratamento, e não pode ser imposta nem distorcida contratualmente ou por outras maneiras.

Por exemplo, se determinada empresa é quem de fato decide as finalidades de tratamento, de nada adiante seu contrato com terceiros estipular que ela atua exclusivamente como “operadora”: isso simplesmente não corresponde à realidade dos fatos, e ela será considerada controladora para todos os efeitos da LGPD.

Esse é um ponto relevante, porque um equívoco corriqueiro sobre a caracterização de agentes de tratamento como controladores ou operadores é a falsa percepção de que esses papéis podem ser impostos contratualmente de acordo com a vontade das partes, o que é incorreto. Em realidade, nenhuma empresa é, por sua própria natureza, controladora ou operadora: essa caracterização depende sempre do contexto do tratamento e de quem realmente determina, na situação concreta, as finalidades e os meios de tratamento de cada operação.

Naturalmente, isso não significa que contratos não tenham relevância para essa caracterização: sua natureza e suas cláusulas ajudam a compreender quem determinará as finalidades e os meios de tratamento, bem como definir detalhes, limites e responsabilidades de atividades de tratamento realizadas por empresas diferentes. Daí não decorre, porém, que contratos possam distorcer a realidade e chamar de controlador quem atua como operador, ou vice-versa, em cada atividade específica de

tratamento. Um contrato ajuda, portanto, a identificar qual parte exerce qual papel enquanto agente de tratamento, mas não necessariamente define esses papéis¹⁰.

O recente “Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado”, publicado pela ANPD em 26 de maio de 2021, reforça esse entendimento ao destacar, em seu item 16, o seguinte:

“A identificação do controlador deve partir do conceito legal e dos parâmetros auxiliares indicados neste Guia, sempre considerando o contexto fático e as circunstâncias relevantes do caso.

O papel de controlador pode decorrer expressamente de obrigações estipuladas em instrumentos legais e regulamentares ou em contrato firmado entre as partes. Não obstante, a efetiva atividade desempenhada por uma organização pode se distanciar do que estabelecem as disposições jurídicas formais, razão pela qual é de suma importância avaliar se o suposto controlador é, de fato, o responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento”¹¹.

Para determinar se uma empresa exerce ou não o papel de controladora de dados pessoais, deve-se apurar se ela decide ou não sobre certos elementos em cada atividade de tratamento, em especial:

- (i) a coleta (ou não) de dados pessoais;
- (ii) as finalidades de tratamento e respectivas bases legais;
- (iii) quais dados serão coletados e tratados;
- (iv) de quais indivíduos serão coletados os dados;

¹⁰ Em suas Guidelines 07/2020 (versão para consulta pública, ainda não definitivas), o European Data Protection Board (EDPB) destacou que “um controlador é uma entidade que decide certos elementos-chave do tratamento. O controle pode ser definido por lei ou pode derivar de análise dos elementos fáticos ou das circunstâncias do caso. (...) Em muitos casos, os termos de um contrato podem ajudar a identificar o controlador, ainda que eles não sejam decisivos em todas as circunstâncias”. Cf. European Data Protection Board, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Version 1.0, Adopted on 02 September 2020, version for public consultation, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf, página 3. No mesmo documento, o EDPB enfatiza que “os conceitos de controlador e de operador são conceitos funcionais: eles buscam alocar responsabilidades de acordo com os papéis reais das partes. Isso implica que a condição jurídica de um agente como controlador ou operador deve, em princípio, ser determinada pelas suas atividades concretas em uma situação específica, em vez de em uma atribuição formal como controlador ou operador, por exemplo em um contrato” (idem, página 9).

¹¹ Disponível em https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/inclusao-de-arquivos-para-link-nas-noticias/2021-05-27-guia-agentes-de-tratamento_final.pdf.

- (v) a possibilidade (ou impossibilidade) de fornecimento, compartilhamento e/ou transferência dos dados e, em caso positivo, para quem (ou com quem) tais dados poderão ser fornecidos, compartilhados e/ou transferidos;
- (vi) a possibilidade (ou impossibilidade) de titulares exercerem seus direitos, tais como o acesso, a correção ou a exclusão de seus dados pessoais;
- (vii) o período de tempo em que os dados serão retidos pelo agente; e
- (viii) a possibilidade (ou não) de alterar de modo relevante os elementos acima.

Quanto maior for o poder de decisão a respeito desses pontos, maior a probabilidade de que a empresa atue como *controladora* no contexto da atividade analisada.

O operador, por sua vez, é quem realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Quase sempre o operador atua como prestador de serviços para o controlador ou como intermediário em uma cadeia de fornecimento.

É importante compreender que o operador é sempre pessoa jurídica ou física **independente do controlador** (isto é, sem vínculo empregatício com o controlador), que tratará dados pessoais em nome e sob o comando do controlador.

Esse ponto merece ser reforçado diante de equívocos de interpretação que começaram a surgir no Brasil, em particular no setor público¹²: funcionários de uma empresa privada, bem como servidores públicos de um órgão governamental, **não são “operadores” de seus empregadores**, porque não são terceiros desvinculados do controlador. Esses funcionários e servidores são pessoas que representam o próprio controlador em suas atividades de tratamento de dados pessoais¹³.

¹² Cf., por exemplo, o Provimento 68/2020, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que incorretamente definiu que seriam considerados operadores todos os seus membros, servidores e estagiários e a Resolução 09, de 2 de setembro de 2020, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que de maneira absolutamente equivocada apontou o Presidente do Tribunal como controlador, os vice-presidentes e o corregedor da Justiça como controladores-adjuntos e, por fim, os servidores, demais colaboradores e terceiros contratados como operadores. Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da Resolução nº 9.918/2020, definiu que apenas são operadores prestadores de serviços de tecnologia da informação.

¹³ A orientação do ICO é no sentido de que “os funcionários do controlador não são operadores. Desde que atuem no âmbito das suas funções de empregado, estão atuando como mandatários do próprio controlador. Eles são parte do controlador, não uma parte separada contratada para tratar dados em nome do controlador.” Cf. ICO UK, Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR), What are ‘controllers’ and ‘processors’?, disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/controllers-and-processors/what-are-controllers-and-processors/>. Da mesma forma, com clareza cristalina, o European Data Protection Board destaca, nas mencionadas Guidelines 07/2020, que “duas condições básicas para se qualificar como operador existem: que ele seja uma entidade separada em relação ao controlador e que ele trate dados pessoais em nome do controlador”.

Apesar de efetuar o tratamento de dados pessoais em nome do controlador e seguir suas instruções, é comum que o operador atue com certo grau de discricionariedade em relação aos meios utilizados (isto é, *como* os dados serão tratados), principalmente com relação a aspectos técnicos que costumam ser definidos contratualmente, tais como:

- (i) quais sistemas de tecnologia da informação e métodos serão utilizados para tratar dados pessoais;
- (ii) como serão armazenados os dados pessoais (por exemplo, por meio de serviço de armazenamento em nuvem ou em algum dispositivo físico, se os dados serão criptografados ou não etc.);
- (iii) o sistema de segurança utilizado para armazenamento dos dados pessoais;
- (iv) a forma utilizada para transferir dados pessoais para terceiros;
- (v) os meios utilizados para recuperar dados pessoais;
- (vi) tempo e meios de retenção dos dados pessoais; e
- (vii) critérios para eliminar ou descartar dados pessoais.

Ou seja: o operador tem liberdade de utilizar sua experiência e seus conhecimentos técnicos para decidir como conduzir certas atividades de tratamento em nome do controlador. No entanto, o operador não pode contrariar as instruções do controlador, nem decidir, por conta própria, quais dados pessoais serão usados para quais finalidades, sob pena de ser equiparado ao controlador.

No contexto da publicidade digital, algumas empresas exercem preponderantemente o papel de *controladoras*, decidindo no todo ou em parte quais dados pessoais são coletados, como são utilizados e com quem são compartilhados, ao passo que outras empresas exercem preponderantemente o papel de *operadoras*, em razão de realizarem atividades de tratamento em nome de outros participantes da cadeia e de acordo com suas instruções.

Alguns exemplos ajudam a compreender estes pontos:

- a) sites e aplicativos (“*publishers*”) normalmente atuam como *controladores* quando decidem, por iniciativa própria, coletar dados pessoais e analisar a atividade de usuários (seja por conta própria ou compartilhando esses dados pessoais com terceiros) em seus próprios serviços, com a finalidade de oferecer espaços para a veiculação de publicidade personalizada.¹⁴

¹⁴ Naturalmente, sites e aplicativos podem atuar de forma diferente em circunstâncias específicas. Por exemplo, sites podem tratar dados pessoais fornecidos por anunciantes para direcionar anúncios para

- b) anunciantes (“*advertisers*”), por sua vez, normalmente também atuam como *controladores* quando coletam e transferem dados pessoais a terceiros como parte do processo de utilização de redes de anúncios utilizar ou da determinação de em quais sites, aplicativos e plataformas veicular anúncios.¹⁵
- c) redes de anúncios (“*ad networks*”) costumam atuar como *controladoras*, porque decidem coletar dados pessoais em múltiplos sites, criam perfis comportamentais de usuários, recebem de terceiros dados pessoais compartilhados para fins publicitários e selecionam quais anúncios exibir de acordo com o perfil de cada usuário, entre outras atividades.
- d) “*demand-side-platforms*” (DSPs), cuja atividade principal consiste em auxiliar terceiros a otimizar a compra de mídia digital, normalmente atuam como *operadoras*, porque, em teoria, não decidem tratar dados pessoais por conta própria, mas agem em nome de seus clientes para escolher, de forma automatizada, quais impressões oferecem o melhor custo-benefício de acordo com os objetivos e o público-alvo de uma campanha. No entanto, dependendo de como essas atividades são exercidas na prática, uma DSP pode atuar como *controladora*, principalmente se decidir por conta própria, ainda que prestando serviços, como e quais dados pessoais utilizar.
- e) “*data management platforms*” (DMPs), cuja atividade principal consiste em auxiliar terceiros a analisar categorias e agrupar dados pessoais utilizados em campanhas publicitárias, costumam atuar como *operadoras*, já que não decidem tratar dados pessoais por conta própria.

Evidentemente, há empresas no mercado de publicidade digital que atuam em múltiplas frentes e exercem diversas atividades, assumindo o papel de controladora ou de operadora conforme a atividade específica.

Além disso, no contexto da publicidade digital é comum que decisões sobre as finalidades e os meios de tratamento sejam tomadas por diferentes empresas parceiras de modo separado ou conjuntamente. Para os fins da LGPD, cada uma delas é

grupos específicos de usuários selecionados por esses anunciantes, efetuando o tratamento de dados pessoais conforme as instruções recebidas desses anunciantes ou de terceiros.

¹⁵ Note-se que, no contexto da publicidade personalizada, os anunciantes dificilmente determinam detalhes sobre quando e onde seus anúncios serão veiculados online, já que esse papel costuma ser exercido pelas redes de anúncios ou pelo próprio “*publisher*”, os quais decidem, em tempo real, qual o melhor anúncio a ser exibido a um usuário específico entre as múltiplas possibilidades.

considerada uma *controladora independente*, com responsabilidades e deveres derivados de suas próprias atividades e decisões, tendo em vista que definem as finalidades de tratamento de maneira autônoma.

Esse ponto é relevante porque a LGPD não criou a figura do “*co-controlador*”, ou “*controlador conjunto*” (“*joint controller*”), prevista no artigo 26 (1, 2 e 3) do GDPR, pela qual são considerados co-controladores os agentes de tratamento que determinam conjuntamente as finalidades e os meios de tratamento, com responsabilidade conjunta, inclusive em relação ao atendimento dos direitos dos titulares. No contexto europeu, são considerados co-controladores os agentes de tratamento que decidam conjuntamente a respeito das finalidades e dos meios de tratamento, ou seja, que possuam as mesmas finalidades ou finalidades em comum e atuem de modo unificado (por exemplo, ações de *marketing* conjuntas divulgando duas marcas, sendo uma de cada empresa). Empresas não são consideradas co-controladoras, mas sim controladores independentes, se realizarem o tratamento para finalidades distintas, ainda que com objetivos similares (por exemplo, atividades de *marketing* de interesse separado e individual de cada empresa).

Assim sendo, no contexto brasileiro, ainda que situações conjuntas de tratamento ocorram na prática com relativa frequência, a LGPD em tese considera cada empresa uma controladora independente. No entanto, no mencionado “Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado”, a ANPD manifestou o entendimento de que “*embora a LGPD não explicita o conceito de controladoria conjunta, é possível inferir que ele está contemplado no sistema jurídico de proteção de dados*”, conceituando-a como “*a determinação conjunta, comum ou convergente, por dois ou mais controladores, das finalidades e dos elementos essenciais para a realização do tratamento de dados pessoais, por meio de acordo que estabeleça as respectivas responsabilidades quanto ao cumprimento da LGPD*”.

Ainda de acordo com a ANPD, a controladoria conjunta existirá somente quando os seguintes critérios estiverem simultaneamente presentes: (i) mais de um controlador possui poder de decisão sobre o tratamento de dados pessoais; (ii) há interesse mútuo de dois ou mais controladores, com base em finalidades próprias, sobre um mesmo tratamento; e (iii) dois ou mais controladores tomam decisões comuns ou convergentes sobre as finalidades e elementos essenciais do tratamento.

Toda empresa que atua como controladora deve se atentar às obrigações específicas previstas na LGPD, com destaque para os requisitos previstos nos artigos 7º e 11 da lei, também conhecidos como “bases legais de tratamento”, analisados a seguir.

E) Bases legais de tratamento: ausência de hierarquia

A LGPD foi cuidadosamente elaborada para viabilizar múltiplos cenários de tratamento de dados pessoais. Tanto é assim que o artigo 7º da LGPD estabelece dez bases legais¹⁶ distintas para o tratamento de dados pessoais, ao passo que o artigo 11 da mesma lei estabelece oito bases legais distintas para o tratamento de dados pessoais sensíveis.

É extremamente importante compreender que não há hierarquia entre bases legais: todas são igualmente importantes e podem ser utilizadas, **sem que qualquer delas se sobreponha ou prevaleça em relação às demais**. Cabe a cada controlador definir qual base legal é a mais apropriada em cada caso, sempre de acordo com as finalidades de tratamento.

Essa ausência de hierarquia entre bases legais deriva da própria redação da LGPD, principalmente quando se leva em consideração que os projetos de lei anteriores sobre o tema, adotando um viés ultrapassado, colocavam o consentimento como base legal principal e as demais como exceções¹⁷, em total descompasso com o sistema europeu, que desde a Diretiva 95/46/CE já estabelecia que qualquer das bases legais poderia ser utilizada para justificar o tratamento de dados pessoais, desde que apropriada ao contexto, sem qualquer relação de preferência ou precedência.

Essa ausência de hierarquia entre bases legais foi mantida pelo GDPR, tendo sido anteriormente afirmada tanto pela Corte de Justiça da União Europeia (“CJEU”) quanto pelo *European Data Protection Board* e pelo *Article 29 Working Party*, os quais enfatizam que a determinação das bases legais apropriadas depende de uma análise fática que só pode ser feita caso-a-caso.

Em suas orientações práticas, o *Information Commissioner Office (ICO)*, autoridade de proteção de dados do Reino Unido, também destaca que “nenhuma base é ‘melhor’ ou

¹⁶ “Bases legais” consistem nas hipóteses em que a LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais, previstas nos artigos 7º e 11. É uma expressão derivada do GDPR, que utiliza nos artigos 13 e 14 a expressão “lawful basis” para se referir a uma das hipóteses em que o tratamento é considerado lícito, em referência à expressão “lawfulness of processing” constante do artigo 6º.

¹⁷ Cf., por exemplo, a versão de 2010 do anteprojeto, estabelecendo em seu artigo 9º que o tratamento de dados pessoais somente poderia ocorrer após consentimento livre, expresso e informado do titular, dispensando-se o consentimento somente em exceções taxativas previstas no artigo 13 (<https://web.archive.org/web/20110122160221/http://culturadigital.br/dadospessoais/files/2010/11/PL-Protacao-de-Dados.pdf>), bem como a versão de 2015, disponível em <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protacao-de-dados-pessoais/>, repetindo a mesma estrutura ao colocar o consentimento como base legal principal no artigo 7º e admitindo exceções expressas no artigo 11.

*mais importante do que as outras – qual base é a mais apropriada a utilizar dependerá de sua finalidade e relação com o indivíduo”.*¹⁸

Da mesma forma, o *Data Protection Commission (DPC)*, autoridade de proteção de dados da Irlanda, enfatiza que *“todos os controladores precisam determinar em qual base legal estão se apoiando para garantir que qualquer tratamento que realizem seja legal. Não existe hierarquia ou opção preferencial nesta lista; em vez disso, cada atividade de tratamento deve utilizar a base legal mais adequada às circunstâncias específicas. Os controladores devem estar cientes de que pode haver diferentes bases legais quando os mesmos dados pessoais são tratados para mais de uma finalidade”.*¹⁹

Mais recentemente, a ANPD publicou em seu site oficial informações atualizadas destacando, na seção "Perguntas Mais Frequentes"²⁰, que qualquer uma das bases legais é válida para justificar o tratamento de dados pessoais:

2.5- Em que hipóteses pode ser realizado o tratamento de dados pessoais?

Com a entrada em vigor da LGPD, o tratamento de dados pessoais pode ser realizado quando se verificar a ocorrência de qualquer uma das hipóteses previstas na lei, como aquelas constantes em seu artigo 7º ou, no caso de dados pessoais sensíveis, as hipóteses previstas no artigo 11.

Vale notar, conforme o art. 7º, § 4º, que a LGPD é aplicável também aos dados cujo acesso é público e àqueles tornados manifestamente públicos pelos titulares, resguardando-se a observância dos princípios gerais e dos direitos dos titulares previstos na Lei.

2.6 - Quais são as bases legais para o tratamento de dados pessoais?

O tratamento de dados pessoais poderá ser realizado em qualquer uma das seguintes hipóteses consignadas expressamente na LGPD, como é o caso das previstas no art 7º:

¹⁸ Cf. Information Commissioner’s Office, Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR): Lawful basis for processing, disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/>

¹⁹ Cf. Data Protection Commission, Guidance Note: Legal Bases for Processing Personal Data, December 2019, disponível em <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20on%20Legal%20Bases.pdf>

²⁰ Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes-2013-anpd>.

- *Mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;*
- *Para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;*
- *Para a execução de políticas públicas, pela administração pública;*
- *Para a realização de estudos por órgão de pesquisa;*
- *Para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;*
- *Para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral;*
- *Para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;*
- *Para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;*
- *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; e*
- *Para a proteção do crédito.*

As bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis estão previstas no art. 11 da LGPD. Já no caso de transferência internacional de dados pessoais, é necessário atender às hipóteses legais indicadas no art. 33.

Um ponto adicional merece ser destacado, relativo à transparência a respeito das bases legais utilizadas: ao contrário do GDPR, que exige em seus artigos 13, 1, “c” e 14, 1, “c”, que o titular seja informado a respeito de quais bases legais são utilizadas para fundamentar o tratamento de seus dados pessoais²¹, essa mesma obrigação não existe na LGPD, seja no rol de informações constantes do artigo 9º, seja nos direitos mencionados nos artigos 18 e 19.

Isso significa que, pela LGPD, os controladores não estão legalmente obrigados a informar, em suas políticas de privacidade ou documentos similares, quais são as bases

²¹ Cf. GDPR, Art. 13, 1, c: “Art. 13. Information to be provided where personal data are collected from the data subject – 1. Where personal data relating to a data subject are collected from the data subject, the controller shall, at the time when personal data are obtained, provide the data subject with all of the following information: (...) 3. the purposes of the processing for which the personal data are intended as well as the legal basis for the processing; e Art. 14, 1, c: “Art. 14. Information to be provided where personal data have not been obtained from the data subject – 1. Where personal data have not been obtained from the data subject, the controller shall provide the data subject with the following information: (...) the purposes of the processing for which the personal data are intended as well as the legal basis for the processing”.

legais utilizadas para fundamentar o tratamento de dados pessoais, ainda que possam desejar fazê-lo se entenderem útil.

Por outro lado, evidentemente as bases legais de tratamento devem ser informadas caso exigido pela ANPD no contexto de procedimento administrativo, pois nesse caso estará em análise a própria legalidade do tratamento questionado.

No contexto da publicidade personalizada, três bases legais podem ser utilizadas e serão analisadas a seguir: a) o consentimento; b) a execução de contrato, e c) os interesses legítimos do controlador ou de terceiro.

a) Consentimento: aspectos gerais relevantes

A LGPD define consentimento (art. 5º, XII) como “*manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada*” e estabelece, no artigo 7º, inciso I, que o consentimento é uma das bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais.

Para ser considerado válido, o consentimento precisa ser, no mínimo:

- (i) *livre*, ou seja, representar uma escolha real para o titular de dados, sem qualquer dos vícios de manifestação da vontade;
- (ii) *informado*, ou seja, obtido após a apresentação de informações claras, completas e objetivas para o titular a respeito das finalidades e da forma do tratamento, e
- (iii) *inequívoco*, ou seja, demonstrável por qualquer meio de prova lícita (e não apenas por escrito).

A LGPD corretamente adotou o modelo de consentimento inequívoco como regra geral que autoriza o tratamento de dados pessoais, reservando o consentimento *específico* e *destacado* para as hipóteses de tratamento de dados considerados sensíveis, como se constata do artigo 11 da mesma lei.

O art. 8º da LGPD traz, ainda, outros requisitos para essa base legal:

- (i) o consentimento deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular;
- (ii) quando por escrito, o consentimento deverá ser obtido mediante cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, e

- (iii) o consentimento não deve ser genérico, mas sim fazer referência a finalidades determinadas e específicas, entre outras exigências.

Fica claro, portanto, que a LGPD trouxe requisitos rígidos para a obtenção do consentimento, estabelecendo, ainda, que caberá ao controlador o ônus de provar que referido consentimento tenha sido obtido em conformidade com a lei (cf. art. 8º, § 2º).

Outro ponto importante a ser destacado é o direito do titular de revogar seu consentimento, previsto no § 5º do artigo 8º, em que se lê:

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

A revogação do consentimento pelo titular não afeta, portanto, as operações de tratamento realizadas anteriormente ao pedido de revogação. No entanto, a LGPD chama atenção para o direito dos titulares de solicitar a eliminação dos dados pessoais tratados com base no consentimento revogado (18, VI).

Estas obrigações acessórias e a dificuldade de operacionalizar a gestão do consentimento costuma estimular controladores a buscar bases legais alternativas para justificar determinadas atividades de tratamento.

b) Execução de contrato: aspectos gerais relevantes

O artigo 7º, inciso V da LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais 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

Assim, o controlador também poderá tratar dados pessoais, caso:

- (i) tenha celebrado um contrato com o titular dos dados e o tratamento seja necessário para cumprir com suas obrigações contratuais; ou
- (ii) embora um contrato ainda não tenha sido celebrado, o titular dos dados tenha solicitado a execução de procedimentos preliminares e o tratamento seja necessário para tanto.

Em princípio, é requisito essencial dessa base legal de tratamento que o titular dos dados seja *parte* do contrato em questão. Da mesma forma, o pedido para a execução dos procedimentos preliminares deve partir *do próprio titular*, e não de um terceiro.

Ressalte-se, porém, que o uso do termo “contrato” pela LGPD não deve ser entendido apenas como um instrumento formal, na forma escrita, assinado pelas partes. O termo tem um sentido mais amplo, abarcando todo tipo de relação jurídica contratual, bem como as providências necessárias no cotidiano de contratos de execução prolongada, tais como contratos de trabalho, desde que observados os requisitos mínimos legais.

Assim sendo, com apoio nessa base legal, é possível justificar todo tratamento de dados pessoais que seja necessário para que o controlador possa cumprir as obrigações relativas a contratos celebrados com titulares e/ou atender a solicitações feitas pelos próprios titulares na fase pré-contratual.

De modo geral, isso significa que dados pessoais podem ser tratados no contexto da cadeia de fornecimento de produtos e serviços, quando:

- (i) a iniciativa de contratação seja do titular; e
- (ii) o tratamento seja necessário para cumprir com o contrato ou para realizar procedimentos preliminares relacionados ao contrato de que é parte o titular.

Imagine-se, por exemplo, um titular de dados pessoais que utilize uma plataforma *online* para publicar textos, fotos e vídeos, tal como uma rede social. Para poder prestar os serviços contratados e viabilizar o uso dessas ferramentas, a plataforma precisará tratar dados pessoais para diversas finalidades atreladas ao contrato²² com esse usuário, tais como (a) criação da conta; (b) controles da conta; (c) armazenamento do conteúdo criado pelo usuário; e (d) exibição do conteúdo desse usuário; entre diversos outros.

Em certos cenários, há uma sutil diferença em fundamentar o tratamento de dados pessoais em consentimento ou em execução de contrato. Antes da vigência da LGPD, o consentimento para o tratamento de dados pessoais era atrelado ao aceite de contratos, já que o conceito de bases legais de tratamento sequer existia no sistema jurídico brasileiro.

²² Vale lembrar que ‘termos de uso’ são considerados contratos de adesão no ordenamento jurídico brasileiro, vinculando usuários às cláusulas neles previstas.

Porém, com a vigência da LGPD, certas relações jurídicas contratuais, uma vez formalizadas, permitem o tratamento de dados pessoais sem necessidade de consentimento do titular, tendo em vista que esse tratamento é realizado exatamente no contexto da execução do contrato entre as partes e é necessário para tal execução, de forma a possibilitar a entrega de produtos, a prestação de serviços ou a realização de outras atividades relacionadas ao contrato.

Ou seja: é importante não confundir a *manifestação da vontade de contratar* (erroneamente chamada de “consentimento”) com a *base legal de tratamento* dos dados pessoais no contexto desse contrato, que será, na maioria dos casos, justamente a *execução de contrato* e não o *consentimento*.

De qualquer forma, o tratamento de dados pessoais realizado com fundamento no artigo 7º, inciso V da LGPD é limitado a essa finalidade específica (*execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados ao contrato*) sendo necessário recorrer a outras bases legais aplicáveis caso se pretenda realizar o tratamento desses mesmos dados pessoais para outras finalidades.

Como se constata, é de enorme importância compreender qual é o objeto do contrato e a própria natureza dos serviços prestados para definir quais atividades de tratamento de dados pessoais podem ser enquadradas na base legal de execução de contrato.

Em muitos casos, o tratamento de dados pessoais é inerente à prestação de serviços *online* e pode ser justificado por meio dessa base legal para diversas finalidades, como será analisado mais adiante.

c) Legítimo Interesse: aspectos gerais relevantes

O inciso IX do artigo 7º da LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais quando necessário para atender aos interesses legítimos do *controlador* ou de *terceiro*, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

O legítimo interesse é, normalmente, a base legal mais flexível entre as dez disponíveis, já que não está atrelada a um objetivo em particular, como é o caso da execução de um *contrato* ou da proteção ao *crédito*. No entanto, trata-se de uma base legal dinâmica, que exige um exercício de balanceamento por parte dos controladores quando da sua utilização: os seus interesses legítimos e os de terceiros devem levar em consideração, na medida em que aplicáveis, os direitos e as liberdades dos titulares.

Nem sempre, porém, é a base legal mais apropriada para todas as situações. A utilização do legítimo interesse sempre remete a uma análise de riscos, na medida em que é necessária uma avaliação de seus elementos e um balanceamento de interesses versus o impacto nos direitos dos titulares.

Essa análise deve ser documentada previamente (LGPD, 10, § 2º) com os objetivos de a) auxiliar o controlador a constatar a possibilidade de utilização, ou não, dessa base legal, e b) assegurar a transparência exigida pela lei, uma vez que tal avaliação pode ser objeto de eventual análise posterior pela ANPD, a qual inclusive pode solicitar a exibição de relatório de impacto à proteção de dados pessoais (LGPD, 10 §3º).

Ao avaliar se é possível utilizar o legítimo interesse como base legal de tratamento, o controlador deve efetuar um teste com três etapas (conhecido no direito europeu como *Legitimate Interest Assessment*, “LIA”):

(i) *teste da finalidade*: identificação de qual é o interesse legítimo e se esse interesse legítimo é próprio ou de terceiros (LGPD, 7º, IX, c/c 10, *caput* e inciso I);

(ii) *teste da necessidade*: demonstração de que o tratamento dos dados pessoais é necessário para alcançar esse interesse legítimo (LGPD, 7º, IX e 10, § 1º, quando aplicável); e

(iii) *teste da proporcionalidade*: balanceamento desse interesse legítimo com os direitos e as liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (LGPD, 7º, IX, e 10, II, quando aplicável).

Note-se que a elaboração de uma avaliação de legítimo interesse (LIA) é sempre necessária quando a atividade de tratamento se basear nessa base legal, uma vez que ela faz parte da própria racionalidade da escolha da base legal apropriada e auxilia a esclarecer os motivos da utilização do legítimo interesse.

É importante reforçar que os legítimos interesses podem ser tanto do *controlador* quanto de *terceiros* e, assim, podem incluir interesses comerciais, individuais ou mesmo interesses da coletividade e da sociedade amplamente considerados.

Quando se trata de interesses legítimos *do próprio controlador*, a LGPD dispõe, em seu artigo 10, que esses interesses somente podem fundamentar o 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.

Também quando o tratamento for baseado nos interesses legítimos *do controlador*, a LGPD estabelece (Art. 10, § 1º) que somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados, sendo que o controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse, observado que a ANPD poderá solicitar a esse controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial.

Por outro lado, quando o tratamento for baseado no legítimo interesse de *terceiro*, a LGPD não exige a observância dos requisitos do artigo 10.

Este é um ponto crucial, pois os interesses legítimos de terceiros englobam não apenas terceiros em uma relação negocial, mas também a própria sociedade amplamente considerada, ou seja, os interesses legítimos de certas categorias de pessoas ou mesmo de toda a população, conforme o caso.

Por esses motivos, uma avaliação de legítimo interesse deve levar em consideração não apenas os interesses do controlador, mas também os interesses de terceiros amplamente considerados.

No universo das atividades empresariais, a utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento de dados pessoais pode ser justificada por múltiplas perspectivas: do controlador, de terceiros e do titular. No entanto, cada situação demandará uma análise específica, o que varia conforme o caso.

Apesar disso, alguns parâmetros podem ser traçados. O artigo 10 da LGPD trouxe um rol exemplificativo – e não taxativo – de finalidades legítimas que autorizam o uso do legítimo interesse como base legal de tratamento. Isso é bastante positivo, tendo em vista que é justamente essa flexibilidade e abordagem baseada em riscos, atrelada aos seus mecanismos de controle e medidas de mitigação, que representam seu maior benefício para a inovação e para o desenvolvimento.

A economia moderna transformou-se em uma economia baseada em dados, independentemente de ramo de atividade, setor empresarial ou mesmo de modelos de negócio específicos. A utilização de dados, pessoais ou não, representa hoje um dos

principais elementos de desenvolvimento da atividade econômica e da inovação, inclusive no setor público.

É extremamente importante compreender este ponto: as constantes analogias de que dados pessoais seriam o novo “petróleo” ou o “ouro” da economia moderna não são corretas. Em realidade, tal como a luz, os dados são um recurso renovável e não-rival. O uso correto de dados pessoais fomenta a inovação em todos os setores da economia.

A importância do interesse legítimo fica ainda mais evidenciada quando se constata que outras bases legais não são adequadas para lidar com o tratamento de dados em larga escala (“big data”) nem com o cenário de novos dispositivos conectados (Internet das coisas - IoT).

Nesses casos, o interesse legítimo traz a segurança jurídica necessária para que o tratamento de dados pessoais possa ser efetuado de modo seguro e lícito, sem onerar os titulares com solicitações de manifestação de seu consentimento a cada instante.

A multiplicidade de cenários que possibilitam a utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento naturalmente dificulta esgotar todos os exemplos possíveis e evidencia as razões pelas quais não se deve adotar um rol taxativo para sua aplicação.

Apesar disso, com base em decisões, orientações, opiniões e outros documentos produzidos por autoridades de proteção de dados europeias e análise de situações concretas do cotidiano empresarial, é possível citar alguns exemplos de atividades de tratamento de dados pessoais que costumam ser fundamentas nos interesses legítimos do controlador ou de terceiros:

- i) combate a fraudes e prevenção de crimes financeiros;
- ii) fornecimento de imagens de câmeras de segurança (CCTV) para seguro;
- iii) geração de listas de pessoas politicamente expostas;
- iv) segurança de sistemas internos;
- v) segurança de produtos e serviços;
- vi) tratamento de dados de empregados ou participantes de processos seletivos (*background check*, programas de retenção de talentos, iniciativas de bem-estar);
- vii) criação de modelos preditivos e comportamentais para planejamento de negócios;
- viii) melhoria de produtos e serviços; e
- ix) prospecção de novos consumidores e clientes, entre diversos outros.

De qualquer forma, sempre que o tratamento for baseado no legítimo interesse, é necessário adotar medidas que (i) assegurem a transparência do tratamento, como expressamente determinado pelo parágrafo 2º do artigo 10 da LGPD, informando aos titulares que o tratamento ocorrerá; e (ii) possibilitem ao titular o exercício dos direitos previstos no artigo 18.

Note-se que tais providências não se confundem com consentimento: o titular deve apenas ser informado de que (i) o tratamento de seus dados pessoais ocorrerá em razão do legítimo interesse; e (ii) de quais maneiras pode exercer os direitos previstos no artigo 18.

F) Bases legais aplicadas à publicidade personalizada

Apresentadas nossas breves considerações sobre aspectos gerais do consentimento, da execução de contrato e dos interesses legítimos do controlador e de terceiro, passamos a analisar a aplicação de cada uma dessas bases legais no contexto da publicidade personalizada.

É importante reforçar que a base legal apropriada está sempre diretamente atrelada à finalidade específica do tratamento. Em muitos casos, mais de uma base legal pode ser apropriada para o tratamento, e a opção do controlador por uma ou por outra base legal deriva de diversos fatores e busca equilibrar seus interesses empresariais, os direitos dos titulares de dados pessoais e as finalidades específicas do tratamento.

a) Consentimento: teoria abstrata vs. dificuldades práticas

Um dos principais mitos relacionados à proteção de dados pessoais é que o consentimento seria uma base legal preferencial em relação às demais, pelo fato de supostamente permitir maior controle e escolhas significativas por parte de titulares.

Além de essa premissa ser absolutamente falsa – o consentimento é apenas uma das diversas bases legais disponíveis para o tratamento de dados pessoais, sem qualquer relação de precedência ou preferência, como visto acima – o exemplo europeu da exigência de consentimento para o uso de *cookies*, imposição sem equivalente no direito brasileiro, demonstra o tremendo desacerto dessa visão, tanto sob a perspectiva jurídica quanto diante da realidade concreta da vida cotidiana.

Como se sabe, uma das práticas mais adotadas no contexto da publicidade personalizada é a utilização de “*cookies*” – pequenos arquivos de texto armazenados

pelo programa navegador utilizado pelo usuário – que, além de exercer funções essenciais para o correto funcionamento de sites (por exemplo, lembrar nomes de usuário e senhas, ou quais produtos foram adicionados a um carrinho de compras mesmo se o usuário sair do site), possibilitam o rastreamento da atividade *online* dos usuários para diversas finalidades, incluindo a publicidade personalizada.

Cookies que têm como origem o próprio site visitado pelo usuário, ou seja, pertencem ao mesmo domínio, são conhecidos como “*first-party cookies*”, já que não envolvem terceiros. *Cookies* que têm outra origem, ou seja, pertencem a domínios diferentes do site visitado, são conhecidos como “*third-party cookies*” ou “*cookies de terceiros*”.

Por meio da utilização de *third party cookies*, anunciantes, redes de publicidade e outras empresas da cadeia de publicidade digital conseguem analisar a atividade *online* de usuários, desde que o site visitado incorpore seus *cookies* de terceiros.

Por exemplo: um usuário visita <exemplo.com.br>, site que contém anúncio oriundo da rede de anúncios <ad.rededeanuncios.com.br>. Quando esse anúncio é carregado, um *third-party cookie* dessa rede é colocado no navegador desse usuário. Posteriormente, quando esse mesmo usuário visita outro site <outroexemplo.com.br> que também contém anúncios dessa mesma rede (ad.rededeanuncios.com.br), um outro *third-party cookie* dessa mesma rede é colocado no navegador desse usuário. Esse processo pode se repetir múltiplas vezes em diversos sites distintos que incorporem *third-party cookies* dessa mesma rede (ad.rededeanuncios.com.br).

Nesse exemplo, ainda que o usuário tenha visitado sites diferentes, os *third-party cookies* pertencem à mesma rede e foram colocados no navegador do usuário no momento em que os anúncios foram carregados. Com isso, essa rede de anúncios é capaz de analisar tanto quais sites contendo seus anúncios foram visitados pelo usuário, quanto a interação desse usuário com anúncios específicos, como por exemplo quais anúncios foram ou não clicados.

Pois bem. Por força da *ePrivacy Directive*²³, aprovada em 2002, alterada em 2009 e vigente desde 2011, sites que utilizam *cookies* que sejam acessados a partir da Europa são obrigados a:

²³ Cf. Diretiva 2009/136/CE, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0136&from=EN>

- (i) obter consentimento do usuário antes que quaisquer *cookies* possam ser utilizados, com exceção de *cookies* “estritamente necessários”;
- (ii) fornecer informações específicas sobre quais dados cada *cookie* registra e sua finalidade antes da obtenção de consentimento;
- (iii) documentar e armazenar o consentimento recebido dos usuários;
- (iv) permitir que usuários acessem o site ou serviço, ainda que rejeitem certos tipos de *cookies*; e
- (v) facilitar aos usuários a revogação do consentimento fornecido.

Em teoria, a *ePrivacy Directive* – que ficou conhecida como “*cookie law*” – tinha como objetivo privilegiar o consentimento do usuário, para que ele escolhesse quais empresas poderiam ou não lhe atribuir *cookies*.

Em obediência ao texto da Diretiva, sites criaram “*cookie banners*” que trazem todas as informações legalmente exigidas e pedem para o usuário “*consentir com todos os cookies*”, “*rejeitar todos os cookies*” ou “*gerenciar opções*”, de forma a consentir com o uso de *cookies* específicos de empresas determinadas²⁴.

E no entanto, o resultado prático foi desastroso para a proteção de dados pessoais: conforme o site específico, e principalmente em sites com grande volume de tráfego, ao clicar em “*gerenciar opções*” ou outra similar, o usuário se depara com uma lista de centenas de empresas diferentes solicitando seu consentimento para o uso de *cookies* – o que é normal e esperado, diante da multiplicidade de empresas que fazem parte da cadeia de publicidade digital – e acaba por não exercer escolha alguma, optando por aceitar ou por rejeitar todos os *cookies*, sem reflexão.

Esse fenômeno, chamado de “*fadiga de consentimento*”, é amplamente conhecido e documentado²⁵. Do ponto de vista do titular de dados pessoais, a solicitação constante de seu consentimento gera desconforto, cansaço e desinteresse em compreender como é realizado o tratamento de seus dados pessoais, levando-o a ignorar notificações e a adotar uma postura cética e cínica, aceitando ou rejeitando solicitações de modo automático, ficando paradoxalmente menos protegido justamente por não prestar

²⁴ Importante ponderar que a implementação de “*cookie banners*”, apesar de não ser obrigatória fora da Europa, acabou por criar a falsa percepção de que também no Brasil seria necessário seguir os mesmos procedimentos e utilizar apenas consentimento para atribuir *cookies*, ao contrário da realidade. Ressaltamos, portanto, que não há nenhuma norma equivalente à *ePrivacy Directive* no direito brasileiro.

²⁵ Cf., por exemplo, Hanbyul Choi, Jonghwa Park, Yoonhyuk Jung, The role of privacy fatigue in online privacy behavior, in *Computers in Human Behavior*, volume 81, April 2018, páginas 42-51, disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0747563217306817>.

atenção às hipóteses de tratamento que envolvem riscos maiores e que mereceriam maior reflexão de sua parte.

Em outras palavras, o uso excessivo do consentimento como base legal pode desencadear um fenômeno reverso, que é a sobrecarga informacional no ato de consentir, particularmente em situações em que o consentimento poderia ser dispensado, diante da possibilidade de utilização de outra base legal igualmente apropriada para o tratamento de dados pessoais.

Nesse contexto, ainda que seja possível utilizar o consentimento como base legal de tratamento para atividades relacionadas à publicidade personalizada, é preciso especial atenção para que seus requisitos sejam efetivamente atendidos, principalmente a qualidade das informações apresentadas ao titular no momento anterior à obtenção do consentimento, de forma a assegurar que esse consentimento seja realmente considerado *informado*.

Este conceito, no entanto, é bastante subjetivo e a ausência de definição concreta na LGPD gera, de forma geral, insegurança jurídica a controladores que pretendem utilizar esta base legal.

Outras dificuldades operacionais evidenciam que o consentimento acaba se tornando uma base legal com elevadas aspirações teóricas que se desintegram diante de sua aplicação prática. Por exemplo, nos termos do parágrafo 5º do artigo 7º da LGPD, o controlador que utilizou o consentimento como base legal de tratamento e que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deve obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na Lei.

Na maioria dos casos, a dinamicidade das relações negociais torna operacionalmente impraticável a obtenção de novo consentimento dos titulares apenas para esse compartilhamento, notadamente no contexto da publicidade digital.

b) Execução de contrato: possibilidades e limitações

É importante analisar as diferentes posições sobre a utilização da base legal de *execução de contrato* para justificar atividades de tratamento de dados pessoais relacionadas à publicidade personalizada.

De um lado, argumenta-se que anúncios personalizados não seriam *necessários* para a execução do contrato com o usuário de um site, aplicativo ou plataforma, ainda que custeiem seu funcionamento; do outro lado, defende-se que certos serviços *online* são inteiramente personalizados – do conteúdo aos anúncios – de acordo com os interesses e as preferências do usuário, e que essa personalização é uma funcionalidade inerente ao serviço prevista contratualmente, o que permitiria a utilização dessa base legal para justificar o tratamento de dados pessoais para a finalidade de personalização do serviço como um todo, incluindo conteúdo e anúncios.

Em posição bastante restritiva – e que nos parece equivocada – o *European Data Protection Board* (EDPB) adotou, nas “*Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Version 2.0*”, de outubro de 2019, o entendimento de que a execução de contrato não pode ser usada como base legal para justificar o tratamento de dados pessoais no contexto da publicidade personalizada²⁶, apresentando, entre outros, os seguintes motivos:

- (i) o controlador não foi contratado para realizar a criação de perfis, mas sim para fornecer bens e serviços específicos;
- (ii) como regra geral, o tratamento de dados pessoais para fins de publicidade personalizada não é necessário para a execução de um contrato de serviços oferecidos *online*. Seria difícil argumentar que o contrato não foi executado porque não havia anúncios personalizados;
- (iii) a execução de contrato não pode servir de base legal para a publicidade personalizada apenas porque essa publicidade financia indiretamente a prestação do serviço. Embora esse tratamento possa apoiar a prestação de um serviço, isso por si só não é suficiente para estabelecer que o tratamento é necessário para a execução do contrato em questão;
- (iv) o rastreamento e a criação de perfis dos usuários podem ser realizados com o objetivo de segmentar grupos de indivíduos com características similares de forma a direcionar publicidade a públicos semelhantes. Esse tratamento não pode ser realizado com base em execução de contrato, pois não seria

²⁶ Cf. *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Version 2.0*, 8 October 2019, disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf.

“objetivamente necessário” para a execução do contrato com o usuário rastrear e comparar as características e o comportamento dos usuários para fins publicitários; e

- (v) incluir referências ao tratamento de dados pessoais nas cláusulas contratuais não seria suficiente para enquadrar o tratamento na base legal de execução de contrato, porque um contrato não pode expandir artificialmente as categorias de dados pessoais ou os tipos de tratamento necessários para sua execução, por exemplo, incorporando termos que impõem condições adicionais relativas à publicidade ou aos *cookies*. A questão-chave é se o tratamento é objetivamente necessário para uma finalidade que é parte integrante da entrega do serviço contratual ao titular dos dados.

Por fim, para definir o que é ou não é necessário para a execução de um contrato, o EDPB diferencia entre aquilo que é necessário para prestar ao indivíduo os serviços contratados e aquilo que é necessário para o modelo de negócios do controlador.

O documento enfatiza que atividades como (i) melhoria ou desenvolvimento de serviços *online* e (ii) publicidade de serviços relacionados (incluindo publicidade personalizada) se enquadram no modelo de negócios do controlador, e não no conceito de “necessidade contratual”.

No mesmo sentido, o *Information Commissioner's Office (ICO)* afirma que, para utilizar a base legal de execução de contrato, “o tratamento deve ser necessário para cumprir o contrato com essa pessoa em particular. Se, em vez disso, o tratamento for necessário para manter seu modelo de negócios de forma geral, ou estiver incluído em seus termos para outros fins comerciais além da prestação do serviço previsto em contrato, esta base legal não se aplicará e você deve considerar outra base legal, como interesses legítimos”²⁷.

Entretanto, no caso *Schrems v. Facebook Ireland Limited*, julgado em junho de 2020 pela Corte Regional de Viena, Áustria²⁸, foi decidido que seria perfeitamente possível fundamentar em *execução de contrato* o tratamento de dados pessoais para fins de personalização de conteúdos e de anúncios, em razão das peculiaridades específicas do serviço e da experiência personalizada que oferece aos usuários.

²⁷ Cf. ICO, Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR), Lawful basis for processing, Contract, disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/lawful-basis-for-processing/contract/>.

²⁸ Cf. *Schrems v. Facebook Ireland Limited*, disponível em https://noyb.eu/sites/default/files/2020-06/Urteil%20FB_geschw%C3%A4rzt.pdf.

Nas palavras da Corte Regional de Viena:

“Personalização, respectivamente a experiência personalizada, é o que diferencia o Facebook de outras experiências de mídia social online.

O Requerido utiliza os dados dos usuários para personalizar o conteúdo que eles visualizam e com o qual interagem. O tratamento de dados pelo Requerido viabiliza todos os aspectos da personalização do Facebook, não apenas anúncios.

A personalização do conteúdo ocorre em todos os aspectos do serviço, sejam postagens, artigos, recomendações, grupos, eventos ou anúncios. (...)

A personalização e também a publicidade personalizada, como parte essencial do serviço oferecido pelo Requerido, está prevista nos Termos de Serviço e nas Políticas vinculadas, que passaram a fazer parte do conteúdo do contrato, ainda que o Requerente preferisse ter um contrato diferente com o Requerido.

O Requerido fundamenta o tratamento de dados pessoais, para o qual o Requerente solicita tutela cautelar, na finalidade contratual de “personalização”.

É verdade que o próprio Requerido especificou esta finalidade contratual. No entanto, o Requerente celebrou um contrato com este conteúdo, razão pela qual, desde que não apague sua conta e, assim, rescinda o contrato, a Requerida tem o direito de proceder ao tratamento de dados determinado, que está em conformidade com o GDPR”.

Essa decisão é importante porque evidencia que a natureza dos serviços e o objeto do contrato são determinantes para definir quais atividades de tratamento de dados pessoais podem ser enquadradas na base legal de execução de contrato.

No contexto de serviços personalizados, o raciocínio adotado pela decisão austríaca para permitir o uso da base legal de execução de contrato para o tratamento de dados pessoais parece fazer sentido também no sistema brasileiro, já que estão presentes os principais elementos exigidos pela LGPD: (a) existência de um contrato do qual o titular dos dados pessoais seja parte; e (b) tratamento necessário para a execução do contrato, tendo em vista que a personalização inerente aos serviços não poderia ser alcançada de outra forma.

Não nos parece razoável sustentar, como fez o EDPB, que serviços personalizados financiados por meio de publicidade igualmente personalizada *já* poderiam realizar o tratamento de dados pessoais com fundamento na base legal de execução de contrato: essa conclusão depende da análise conjunta da *natureza do serviço* e do *objeto do contrato*.

Evidentemente, para que o tratamento possa ser justificado na base legal de execução de contrato, é preciso que a personalização seja realmente um elemento *indissociável* dos serviços prestados e que o contrato seja cristalino ao informar os usuários que os serviços somente funcionarão corretamente, com a personalização de conteúdos e de anúncios, se ocorrer o tratamento de seus dados pessoais²⁹.

c) Legítimo interesse: legítimas expectativas do titular e diferenças cruciais entre GDPR e LGPD

Para compreender como o tratamento de dados pessoais relativo à *publicidade personalizada* pode ser fundamentado nos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, é preciso analisar alguns pontos importantes de sua aplicação prática, em especial as legítimas expectativas do titular.

A doutrina sobre legítimo interesse na Europa e os trechos relevantes do GDPR destacam a importância de se levar em consideração as “expectativas razoáveis do titular” – chamadas de “legítimas expectativas” no artigo 10, inciso II da LGPD – quando se faz uso do legítimo interesse de modo geral.

De fato, na aplicação prática do legítimo interesse pelas autoridades de proteção de dados europeias, constata-se que as expectativas do titular têm peso particularmente relevante para o teste da proporcionalidade. Esse elemento é enfatizado em diversos pontos da *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC* (“Opinion”), adotada pelo *Article 29 Working Party* (“WP29”) em 9 de abril de 2014.³⁰

²⁹ Note-se que é perfeitamente lícito condicionar o fornecimento de serviços ao tratamento de dados pessoais, desde que haja destaque sobre essa condição e o titular seja informado sobre seus direitos. Tanto é assim que a LGPD prevê, em seu artigo 9º, parágrafo 3º, que “*quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei*”. Evidentemente, não fosse lícito condicionar o fornecimento de um serviço ao tratamento de dados pessoais, o texto desse inciso sequer faria sentido.

³⁰ O Article 29 Working Party era um órgão opinativo sobre temas de proteção de dados pessoais, composto por um membro de cada Autoridade de Proteção de Dados Pessoais dos países-membros da União Europeia. Em 25 de maio de 2018, com a vigência do GDPR, foi substituído pelo European Data

Em linhas gerais, além de destacar critérios a serem levados em consideração para aplicação dos três testes (LIA), a *Opinion 06/2014* enfatiza que a natureza direta ou indireta da relação entre o controlador e o titular deve ser levada em consideração e que, quanto mais invasivo ou inesperado for o tratamento dos dados pessoais pela “pessoa média”, menor a probabilidade de que seja reconhecida a existência de um legítimo interesse na hipótese específica.

No entanto, apesar de sua importância, a expectativa legítima do titular – também mencionada no Art. 10, II da LGPD – não deve ser interpretada como uma barreira intransponível para a realização de atividades de tratamento, porque representa apenas um dos múltiplos elementos que devem ser ponderados na avaliação de legítimo interesse e que, como visto abaixo, nem sempre será um elemento obrigatório no teste de ponderação.

Se assim não fosse, diversas atividades lícitas essenciais para a economia e para o desenvolvimento seriam inviabilizadas mediante a simples alegação de um titular de que não esperava que aquele tratamento de dados pessoais seria realizado (por exemplo, prevenção e combate a fraudes, identificação de devedores para cobrança, monitoramento de ambientes corporativos por câmeras de segurança, entre diversos outros).

Entretanto, neste tema a LGPD e o GDPR não são idênticos. Pelo contrário, em relação ao legítimo interesse e às expectativas do titular, o modelo brasileiro **diverge** do modelo europeu, refletindo as escolhas do legislador nacional e a realidade local do país.

Em primeiro lugar, a LGPD e o GDPR não são equivalentes em seus dispositivos sobre legítimo interesse. Pelo contrário, as duas normas apresentam diferenças significativas nesse tema. Logo de início, vale destacar a abordagem distinta relativamente ao direito de *oposição*.

Pelo GDPR (art. 21, 1), o titular tem o direito de se opor, a qualquer momento, ao tratamento de seus dados pessoais *pelo simples fato de o tratamento ser fundamentado nos interesses legítimos do controlador ou de terceiro*, exceto se o controlador for capaz de demonstrar que têm fundamentos convincentes e legítimos para o tratamento que prevalecem sobre os interesses, direitos e liberdades do titular de dados pessoais, ou para exercer direitos ou se defender em processos judiciais.

Protection Board. Disponível em https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf.

Na LGPD, não há direito de oposição equivalente. O artigo 18, §2º estabelece que o titular somente pode se opor a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento **em caso de descumprimento ao disposto na LGPD**.

Ou seja: no sistema brasileiro, o direito de oposição a tratamento realizado com fundamento no legítimo interesse (ou qualquer outra base legal distinta do consentimento) pressupõe a violação da lei, e não pode ser exercido por simples solicitação.

Ainda pelo GDPR (art. 21, 2) o titular tem o direito de se opor, a qualquer momento, ao *tratamento de dados pessoais para finalidades de marketing direto*, incluindo a criação de perfis, seja qual for a base legal de tratamento.

Na LGPD, não há direito de oposição equivalente. A lei brasileira, acertadamente, não estabeleceu direito de oposição vinculado a qualquer finalidade de tratamento específica. Evidentemente, o tratamento de dados pessoais para finalidades *ilícitas* implica em violação da LGPD e impõe o término do tratamento, seja por requisição do titular, por determinação da ANPD ou ainda de modo voluntário.

Ou seja: no sistema brasileiro, não existe um direito de oposição a tratamento realizado para finalidades de *marketing* ou de publicidade (nem tampouco para quaisquer outras finalidades legítimas).

Em segundo lugar, as duas normas usam critérios distintos para a realização do teste de proporcionalidade. Certos elementos têm mais peso no GDPR do que na LGPD (e vice-versa) no momento do balanceamento entre os interesses legítimos do controlador ou de terceiro e os direitos e as liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Ao descrever a base legal do legítimo interesse, o artigo 6, 1, “f” do GDPR fala em tratamento “*necessário para efeito dos interesses legítimos buscados pelo controlador ou por terceiro, exceto quando esses interesses sejam sobrepostos pelos interesses ou direitos fundamentais e liberdades do titular que exijam a proteção de dados pessoais, em especial se o titular for uma criança*”. Da própria descrição constante do GDPR deriva que o balanceamento será feito entre os *interesses* do controlador ou de terceiro e os interesses, os direitos fundamentais e as liberdades do titular.

A LGPD, porém, descreve essa base legal de modo diferente, estabelecendo que o tratamento pode ser realizado *“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”*.

De saída, constata-se que, no sistema brasileiro, o balanceamento não leva em consideração os mesmos elementos, pois será feito entre os *interesses* do controlador ou de terceiro e os *direitos fundamentais* e as *liberdades do titular*, **sem qualquer menção a “interesses do titular”**, como ocorre no GDPR.

O Recital 47 do GDPR estabelece que *“os interesses legítimos de um controlador, incluindo aqueles de um controlador a quem os dados pessoais possam ser comunicados, ou os interesses de terceiros, podem constituir uma base legal de tratamento, desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e as liberdades fundamentais do titular, levando em consideração as expectativas razoáveis dos titulares baseadas em sua relação com o controlador”*.

Como se vê, no GDPR as expectativas dos titulares sempre devem ser levadas em consideração no momento do balanceamento, sendo parte integrante do teste da proporcionalidade.

A LGPD não dispõe de *“Considerandos”* como o GDPR para auxiliar em sua interpretação e, por isso, o legislador criou dispositivos separados na própria lei para detalhar a aplicação prática do legítimo interesse, os quais consistem no artigo 10, incisos I e II e respectivos parágrafos, e que estabeleceram um modelo distinto do modelo europeu.

Nos termos do artigo 10 da LGPD, o que deve ser avaliado quando o legítimo interesse do controlador é a base legal de tratamento é se as finalidades são legítimas e se são consideradas a partir de situações concretas. Em razão da redação adotada pela LGPD, as expectativas do titular aparecem como um exemplo dessas situações concretas, e não como um elemento necessariamente obrigatório do balanceamento. Vale repetir a redação do trecho relevante:

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.

Ou seja: ao menos em tese, os incisos I e II do artigo 10 da LGPD não são parte indissociável do teste da proporcionalidade, nem são elementos obrigatórios a serem considerados em todo e qualquer cenário de balanceamento entre os interesses do controlador ou de terceiro e os direitos e liberdades fundamentais do titular, representando apenas exemplos de situações concretas que representam finalidades legítimas, entre diversos outros exemplos possíveis.

Não estamos afirmando, aqui, que as expectativas do titular devam ser ignoradas ou desconsideradas: apenas estamos indicando que foi uma opção legislativa inclui-las como exemplo de situação concreta que representa uma finalidade legítima, e não como requisito necessariamente obrigatório a ser observado em toda e qualquer circunstância para a utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento, como ocorre no GDPR.

Dessa opção legislativa decorre que, no sistema estabelecido pela LGPD, o balanceamento inerente à utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento é **diferente** daquele existente no GDPR, porque:

- a) deve ser feito apenas entre os interesses do controlador ou de terceiro e os direitos fundamentais e as liberdades do titular, sem levar em consideração “interesses” do titular como no GDPR, e
- b) deve ponderar apenas se as finalidades são legítimas e se são consideradas a partir de situações concretas, sem obrigatoriamente avaliar, em todo e qualquer caso, as “legítimas expectativas do titular”, ao contrário do que ocorre no GDPR.

De qualquer forma, ainda que se desconsiderem as diferenças de redação entre GDPR e LGPD e se entenda que as legítimas expectativas do titular são um elemento imprescindível a ser analisado em todo e qualquer teste de proporcionalidade para aplicação do legítimo interesse, é importante compreender que, na ausência de relacionamento prévio do controlador com o titular, suas legítimas expectativas, de forma direta, são desconhecidas e, assim, partem de uma **posição neutra**: não se deve presumir nem que o titular aceitaria nem que rejeitaria uma atividade de tratamento de dados pessoais – isso depende do contexto e do impacto dessa atividade para o titular.

Esse ponto é crucial para as atividades de *marketing*, particularmente no contexto da publicidade personalizada, que busca alcançar consumidores com base em suas preferências e em seus interesses, sem que exista necessariamente relação prévia com os anunciantes.

Prospectar clientes consiste em estabelecer contato com consumidores em potencial e apresentar, por meio de anúncios ou de comunicação direta, produtos ou serviços. Evidentemente, consumidores em potencial ainda não possuem relacionamento com a empresa, mas nem por isso não podem ser contatados: simplesmente não se conhece, ainda, quais são suas expectativas a respeito de uma oferta, um anúncio ou um contato comercial. Esses consumidores podem demonstrar interesse na oferta, podem ignorá-la ou podem manifestar sua oposição ao recebimento de novas ofertas ou anúncios daquela empresa ou daquele tipo de produto ou serviço.

Note-se que esses consumidores não são contatados aleatoriamente: o papel primordial da publicidade personalizada é justamente estudar o comportamento do público-alvo e tentar inferir suas preferências e seus interesses, de modo a exibir anúncios mais úteis e relevantes a consumidores em potencial.

Nesse cenário, é perfeitamente lícito que determinada empresa exiba anúncios personalizados ou envie ofertas comerciais para consumidores com quem não tenha relacionamento prévio, justamente porque seu objetivo é conseguir novos clientes. Isso representa, inclusive, um interesse legítimo, nos exatos termos do inciso I do artigo 10 da LGPD, que fala em “*apoio e promoção de atividades do controlador*” e, ao mesmo tempo, configura um serviço que beneficia o próprio titular (LGPD, 10, II) ao permitir a descoberta de produtos e serviços de potencial interesse do indivíduo oferecidos por fornecedores que ele ainda não conhecia e que passa a conhecer em função do anúncio personalizado, além dos demais benefícios apontados no início deste parecer.

Em outras palavras, o tratamento de dados pessoais necessário para a publicidade personalizada, incluindo a criação de perfis de usuários e a própria exibição de anúncios personalizados, pode ser baseado no legítimo interesse, pois parte da premissa que as legítimas expectativas do titular em relação a essas atividades são desconhecidas e, como tal, neutras.

Por outro lado, no momento em que a expectativa do titular se torna conhecida – por exemplo, quando um usuário comunica que não deseja mais ser impactado por publicidade personalizada, exercendo o *opt-out* – devem cessar as atividades de

tratamento de dados pessoais relativas a essa finalidade específica, porque dificilmente prevalecerá, nesse contexto, o legítimo interesse do controlador.³¹

Ou seja: quando o titular manifesta seu *opt-out* ou desativa a personalização de anúncios, suas expectativas passam a ser conhecidas pelo controlador e devem ser respeitadas, em razão da alteração, nesse instante, do balanceamento entre os interesses legítimos do controlador e os direitos e liberdades fundamentais do titular que exigem a proteção de dados pessoais.

Em síntese, o tratamento de dados pessoais no contexto da publicidade personalizada dispensa o *opt-in*, mas exige respeito ao *opt-out*. Até que se conheçam, com clareza, as expectativas do titular, atividades de tratamento voltadas à exibição de anúncios personalizados para esse titular podem ser justificadas pelo legítimo interesse.

Só isso, porém, não basta: é preciso dar transparência às atividades de tratamento, como se expõe a seguir.

d) Legítimo interesse: transparência

Como se recorda, a publicidade personalizada tem como objetivo exibir anúncios relevantes e úteis, no momento apropriado, para pessoas potencialmente interessadas nos produtos ou serviços anunciados. Isso é possível graças à análise da atividade *online* de usuários ao longo do tempo, de forma a conhecer melhor seu comportamento e tentar inferir parte de suas preferências e de seus interesses.

Ainda que a exibição de anúncios personalizados em sites, aplicativos e plataformas seja um fato notório e que muitas pessoas compreendam que a publicidade *online* custeia esses serviços e representa o motor econômico da própria Internet, poucos indivíduos estão familiarizados com as atividades de tratamento de dados pessoais que têm como finalidade personalizar conteúdo e anúncios. A grande maioria das pessoas desconhece o tamanho e a complexidade da cadeia de publicidade digital, com múltiplas empresas compartilhando dados pessoais de forma a viabilizar a entrega eficiente de anúncios personalizados.

³¹ Há diversas situações em que o *opt-out* não é aplicável, como é o caso da prevenção à fraude: o interesse da coletividade como um todo se sobrepõe aos direitos e garantias do possível fraudador, não cabendo a ele a possibilidade de se “descadastrar” de um sistema que visa, justamente, impedir que ele cometa fraudes.

Nesse contexto, as expectativas do titular são moldadas e influenciadas pela *qualidade da informação* apresentada pelos participantes da cadeia de publicidade em relação às atividades de tratamento, em particular quais dados pessoais são coletados, como são utilizados para criar perfis e exibir anúncios personalizados e de quais maneiras o titular pode exercer seus direitos, inclusive *opt-out* se desejado.

Não foi à toa que o legislador brasileiro estabeleceu, na LGPD, exigências específicas de transparência em relação a atividades de tratamento baseadas no legítimo interesse, fazendo menção expressa à adoção de medidas nesse sentido em vários trechos da lei.

Assim sendo, a legalidade da utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento no contexto da publicidade personalizada depende do cumprimento, pelos participantes da cadeia de publicidade digital, dos princípios e das regras de transparência previstas na LGPD, tais como:

- (i) o *princípio da transparência* (LGPD, 6º, VI), que consiste na garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- (ii) a adoção, pelo controlador, de medidas para *garantir a transparência* do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse (LGPD, 10, §2º); e
- (iii) a elaboração, pelo controlador, de *avaliação de legítimo interesse* (LIA) e, quando apropriado, de *relatório de impacto à proteção de dados pessoais* (DPIA), observados os segredos comercial e industrial (LGPD, 10, §3º), para eventual apresentação à ANPD.

É importante esclarecer que a transparência exigida pela LGPD em relação ao legítimo interesse **não engloba** a apresentação desses documentos (LIA e DPIA) a titulares de dados pessoais. Isso porque, além de incluírem detalhes operacionais e análises internas de risco que representam segredos empresariais, a publicização desses documentos é de pouca utilidade para os titulares de dados pessoais, devido à sua natureza técnica e subjetiva, sendo muito mais importante que esses titulares tenham acesso a informações claras em políticas de privacidade e outros avisos redigidos em linguagem objetiva e de fácil compreensão.

e) Legítimo interesse: elementos gerais de avaliação

Diante do que foi analisado até aqui, tem-se que o legítimo interesse é possivelmente a base legal mais apropriada para a grande maioria das atividades de tratamento de dados pessoais atreladas à publicidade personalizada, pelo fato de evitar a fadiga do consentimento, garantindo transparência e respeito aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares, e ao mesmo tempo, sendo mais ampla do que a execução de contrato.

De modo geral, quando se avaliam as atividades de tratamento de dados pessoais que tornam possível a existência de publicidade personalizada, a utilização do legítimo interesse como base legal de tratamento pode ser, em tese, justificada por múltiplas perspectivas – sendo importante recordar que a análise de cada cenário concreto é imprescindível:

- a) Sob a perspectiva dos *anunciantes* (“*advertisers*”), há um claro interesse legítimo que consiste em fazer publicidade de modo eficiente e alcançar consumidores realmente interessados em seus produtos e serviços, atividade lícita e que representa uma finalidade legítima considerada a partir de situações concretas, como exigido pelo *caput* do artigo 10 da LGPD;
- b) Sob a perspectiva dos *veículos*, a exibição de publicidade personalizada em seus sites depende de sua capacidade de efetuar o tratamento de dados pessoais de seus usuários para poder exibir publicidade personalizada, atividade que é lícita e que igualmente representa uma finalidade legítima considerada a partir de situações concretas, nos termos do *caput* do artigo 10 da LGPD;
- c) Sob a perspectiva de *terceiros intermediários* (definidos genericamente como os demais participantes da cadeia de publicidade digital que atuam como controladores), além de seus interesses comerciais, sem sua atuação seria impossível o funcionamento dos sistemas necessários para a publicidade personalizada, o que traria prejuízos diretos aos demais envolvidos; e
- d) Por fim, sob a perspectiva dos *titulares de dados pessoais*, além de terem acesso a serviços, conteúdos e informações de seu interesse, o que representa um serviço que os beneficia (LGPD, 10, II), tem-se que a publicidade personalizada facilita que lhes sejam oferecidos produtos e serviços compatíveis com seus perfis e com suas preferências e necessidades, com toda a gama de benefícios descrita no início deste parecer.

Evidentemente, os exemplos acima são de caráter geral. Cada participante da cadeia de publicidade digital deve efetuar a avaliação de legítimo interesse em relação às suas próprias atividades, sendo inviável apresentar, de modo genérico, parâmetros que são específicos e que dependem da natureza de cada atividade.

Apesar disso, é possível citar alguns exemplos de atividades de tratamento de dados pessoais que podem ser baseadas em legítimo interesse no contexto da publicidade personalizada:

- a) utilização, por sites de modo geral, de *cookies* próprios (“*first-party cookies*”) ou de terceiros (“*third-party cookies*”), de modo que anunciantes, redes de publicidade e outras empresas da cadeia de publicidade digital possam analisar a atividade *online* de usuários e viabilizar o funcionamento de soluções de publicidade personalizada.
- b) prática, por anunciantes, de *remarketing/retargeting*, por meio da qual são exibidos anúncios de produtos ou serviços a pessoas que demonstraram interesse neles anteriormente em sua navegação por sites, apps e plataformas;
- c) manutenção, por *publishers*, de perfis comportamentais de indivíduos, de modo a exibir apenas anúncios relevantes com base em seus interesses e em suas preferências;
- d) identificação, por *data management platforms* (DMPs), de usuários com interesses semelhantes aos interesses de um grupo indicado pelo anunciante (“*look-alikes*”); e
- e) gerenciamento, por *ad networks*, de limites de frequência de anúncios, de forma a evitar que um mesmo usuário seja submetido a um mesmo anúncio múltiplas vezes e assegurar que a publicidade personalizada se mantenha interessante e relevante.

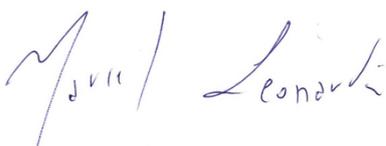
Estes são apenas alguns exemplos que retratam a realidade tecnológica e as práticas de mercado atuais. É natural e esperado que, com o desenvolvimento de novas soluções voltadas para a publicidade personalizada, maneiras diferentes e técnicas inovadoras sejam empregadas com os mesmos objetivos, exigindo análise própria.

G) Conclusão

Como conclusão, entendemos que:

- 1) O tratamento de dados pessoais no contexto da publicidade personalizada pode ser baseado em consentimento, execução de contrato ou em legítimo interesse, conforme as especificidades de cada site, aplicativo ou plataforma;
- 2) Apesar disso, o legítimo interesse é a base legal mais apropriada para a grande maioria das atividades de tratamento de dados pessoais atreladas à publicidade personalizada, pelas razões expostas acima; e
- 3) Desde que adotadas – sempre que aplicáveis – as exigências e as salvaguardas previstas na LGPD, em particular medidas de transparência, avaliações de legítimo interesse e relatórios de impacto, o tratamento de dados pessoais no contexto da publicidade personalizada realizado com base no legítimo interesse atende aos requisitos legais impostos pelos artigos 7º, IX e 10 da LGPD, estando presentes tanto os legítimos interesses dos controladores e de terceiros participantes da cadeia de publicidade digital quanto benefícios concretos aos titulares de dados pessoais, com especial destaque para os elementos descritos na seção “A” deste parecer.

É o parecer.



Prof. Dr. Marcel Leonardi

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela USP, com pós-Doutorado pela Berkeley Law. Especializado em proteção de dados pessoais e certificado pela IAPP em EU Privacy (CIPP/E) e US Privacy (CIPP/US). Autor dos livros “Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet”, “Tutela e Privacidade na Internet” e “Fundamentos de Direito Digital”. Professor da FGVLaw desde 2005. Conselheiro de Ética do CONAR. Advogado.