

São Paulo, 4 de agosto de 2023

Para: IAB Brasil

De: Leonardi Advogados

Ref: Análise preliminar do Estudo ANPD: Legítimo Interesse como Base Legal para Tratamento de Dados

A ANPD está realizando uma consulta pública sobre seu estudo preliminar quanto ao uso do legítimo interesse como base legal para tratamento de dados pessoais. O texto completo está disponível aqui:

<https://www.gov.br/participamaisbrasil/consulta-a-sociedade-de-estudo-preliminar-sobre-legitimo-interesse-1>.

Embora o documento seja detalhado e suas premissas estejam alinhadas com as diretrizes do *General Data Protection Regulation* (GDPR) sobre o assunto, na análise do IAB Brasil, existem alguns pontos que merecem um exame detalhado pelo setor privado em geral e pelos associados do IAB Brasil em particular:

1) Necessidade de aplicação do teste de balanceamento tanto para o legítimo interesse (LGPD, 7, IX) quanto para prevenção de fraudes e segurança em caso de dados pessoais sensíveis (LGPD, 11, II, “g”)

A ANPD traçou uma comparação entre os fundamentos jurídicos do legítimo interesse, que se aplica apenas aos dados pessoais comuns (não-sensíveis), e o da prevenção à fraude e segurança do titular, que se aplica aos dados pessoais sensíveis. A ANPD afirma que, devido à linguagem semelhante utilizada na lei para a parte final da redação de ambas as bases legais (“*exceto se prevalecem os direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados que exijam a proteção de dados pessoais*”), um teste de balanceamento deve ser realizado em cada cenário.



Ainda que, em teoria, isso pareça fazer sentido, na prática as duas hipóteses lidam com categorias de dados fundamentalmente diferentes. A implementação de um teste de balanceamento para ambos os cenários exige recursos adicionais das organizações, impactando especialmente pequenas e médias empresas que podem não ter os recursos legais ou técnicos para realizar o teste adequadamente.

Além disso, a exigência de que sempre seja realizado um teste de balanceamento para a prevenção à fraude e para a segurança do titular pode ser considerada excessiva, especialmente considerando que estas finalidades são geralmente entendidas como universalmente importantes e beneficiam principalmente o titular de dados pessoais, e não apenas o responsável pelo tratamento.

Entre as diversas razões que demonstram o exagero dessa medida, destacam-se:

- a) Importância inerente da segurança e prevenção de fraudes: A segurança e a prevenção de fraudes são geralmente consideradas do interesse tanto da empresa quanto dos titulares dos dados. A proteção dos dados contra o acesso não autorizado e contra atividades fraudulentas serve inerentemente para proteger os direitos e as liberdades fundamentais do titular dos dados, eliminando assim a necessidade de um teste de balanceamento separado para estes casos.

- b) Dificuldades Operacionais: Um teste de balanceamento é um processo detalhado, que exige diversos recursos (tempo, pessoas, dinheiro). Se uma empresa tiver de realizar um teste deste tipo sempre que pretender implementar medidas básicas de segurança, isso poderá resultar em encargos operacionais significativos.

- c) Complicações excessivas: A segurança do titular e a prevenção contra fraudes são geralmente mais fáceis de serem compreendidas e apreciadas pelo titular dos dados pessoais do que o conceito de "legítimo interesse", que é mais abstrato. A exigência de um teste de balanceamento também nestes casos pode complicar a compreensão do que geralmente é uma questão simples.



- d) Consistência entre jurisdições: Muitas empresas operam globalmente e devem cumprir com leis de proteção de dados pessoais de várias jurisdições. A exigência de teste de balanceamento para prevenção à fraude e segurança do titular pode tornar a conformidade dos agentes de tratamento mais complexa e inconsistente.

Considerando estes pontos, a exigência de um teste de balanceamento nos casos do artigo 11, II, "g" da LGPD (prevenção à fraude e segurança do titular) parece desnecessária e complicada, especialmente quando comparada com as múltiplas nuances envolvidas na base legal do legítimo interesse.

Portanto, pelas razões descritas acima, recomendamos que a ANPD não adote esta interpretação.

2) Dados pessoais de crianças e adolescentes e legítimo interesse

A ANPD adotou a interpretação de que qualquer base legal – inclusive o legítimo interesse – pode ser utilizada para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Porém, enfatizou que o tratamento deve sempre atender a um requisito adicional: a observância e a priorização do princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, conforme impõe o artigo 14 da LGPD.

A respeito da utilização do legítimo interesse como base legal para tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, a ANPD afirmou o seguinte:

"(...) Por fim, cumpre reforçar que a utilização do legítimo interesse como hipótese legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes tende a ser residual. Isso porque, em muitos casos, o teste de balanceamento poderá indicar que o melhor interesse da criança deve prevalecer em relação ao legítimo interesse de controlador ou de terceiros, como nos casos em que forem identificados riscos elevados para esses titulares e a inexistência de salvaguardas e medidas de mitigação apropriadas à hipótese. Além disso, podem ser identificadas formas alternativas e menos intrusivas de realização do tratamento, inclusive, se for o caso, com a possibilidade de utilização de outras hipóteses legais".



A afirmação de que o uso do “legítimo interesse” como base legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes é “residual” é altamente problemática para os agentes de tratamento. Isto porque a frase parece sugerir que seria quase impossível que um legítimo interesse pudesse ser compatível com os melhores interesses do menor, fazendo com que o “teste de balanceamento” não seja realmente balanceado.

Abaixo estão algumas consequências da adoção desse entendimento:

- a) Inibição de atividades corriqueiras: Se o teste de balanceamento for sempre fortemente orientado para o melhor interesse dos menores, isso poderá inibir atividades de tratamento em indústrias onde o tratamento de dados de menores é comum ou mesmo necessário, como no contexto educacional, de saúde, bancário, seguros e diversos outros.

- b) Desencorajamento da inovação: Um viés pré-determinado contra o interesse legítimo pode sufocar a inovação, especialmente em setores como tecnologia educacional, redes sociais e serviços online dirigidos ao público mais jovem. Pode haver retração no desenvolvimento de novos recursos ou serviços que envolvam o tratamento de dados de menores devido à insegurança jurídica derivada desta interpretação.

- c) Análise Regulatória e Riscos de Litígio: A percepção de que o legítimo interesse quase nunca é compatível com os interesses do menor pode aumentar a insegurança jurídica buscada pelo próprio estudo, uma vez que quase qualquer tentativa de tratar dados de menores com base no legítimo interesse poderia ser considerada não conforme.

- d) Questionamentos éticos: A suposição de que o melhor interesse do menor quase sempre prevalecerá sobre interesses comerciais legítimos coloca as empresas numa posição ética difícil, em que qualquer decisão envolvendo os dados de menores pode ser vista como contrária aos valores sociais, ainda que não exista nada de questionável em suas práticas.



- e) Prejuízo à tomada de decisões baseadas em dados: Os agentes de tratamento muitas vezes dependem de análises e estratégias baseadas em dados para a tomada de decisões. Uma presunção automática contra a validade do legítimo interesse pode prejudicar as metodologias baseadas em dados quando menores estiverem envolvidos.

- f) Inconsistências nas práticas de proteção de dados: Se o teste de balanceamento não for verdadeiramente balanceado, torna-se difícil aos agentes de tratamento manter uma abordagem consistente em suas práticas de proteção de dados, especialmente se operarem globalmente e lidarem com diferentes jurisdições que possam ter abordagens diferentes e mais equilibradas sobre o assunto.

- g) Experiência do Usuário: Limitar as capacidades de tratamento de dados pode resultar numa redução da qualidade do serviço ou da funcionalidade para os usuários, incluindo menores que poderiam se beneficiar de tais serviços.

Em essência, se o teste de balanceamento for apenas um “carimbo” contra o legítimo interesse sempre que os melhores interesses dos menores estiverem em jogo, então todo o quadro da regulamentação de proteção de dados corre o risco de ficar desequilibrado, dificultando o cumprimento por parte dos agentes de tratamento. Portanto, sugerimos que a ANPD não adote esta interpretação.

3) Demasiada ênfase e definição problemática e exemplos de “expectativas legítimas do titular dos dados”

A ANPD afirma no documento que “a legítima expectativa do titular é outro conceito relevante e que deve ser considerado em todo tratamento de dados pessoais realizado com base na hipótese legal do legítimo interesse” e que “a análise da legítima expectativa pode se basear em diversos fatores, entre os quais podem ser destacados: a) a existência de uma relação prévia do controlador com o titular; b) a fonte e a forma da coleta dos dados, isto é, se a coleta foi realizada diretamente pelo controlador, se os dados foram compartilhados por terceiros ou coletados de fontes públicas; c) o contexto e o período de coleta dos dados; e d) a finalidade original da coleta dos dados e a sua compatibilidade com o tratamento baseado no legítimo



interesse”, concluindo que “para não frustrar a legítima expectativa do titular de dados, se faz necessária uma análise por parte do controlador, que pode ser feita por meio do teste de balanceamento do legítimo interesse. O controlador não deve perder de vista as expectativas do titular de dados, resguardando assim a sua confiança ao fornecer os seus dados”.

No entanto, entendemos que são necessários critérios e exemplos adicionais neste trecho, pelas seguintes razões:

- a) Complexidade do conceito: Sem parâmetros específicos e exemplos variados, a determinação do que exatamente constitui “expectativas legítimas” acaba sendo nebulosa e sujeita a múltiplas interpretações. Por exemplo, na ausência de relacionamento prévio do controlador com o titular, suas legítimas expectativas são desconhecidas e, assim, partem de uma posição neutra: não se deve presumir nem que o titular aceitaria nem que rejeitaria uma determinada atividade de tratamento de dados pessoais – isso depende do contexto e do impacto dessa atividade para o titular.

- b) Relacionamentos anteriores e fontes de dados: Neste ponto, a exigência de considerar relacionamentos prévios com o titular, bem como a fonte e a forma de coleta de dados, acrescenta camadas de complexidade. As empresas que utilizam dados de terceiros (“third-party data”), por exemplo, teriam de exercer extrema cautela para garantir que a sua utilização estará alinhada com as expectativas legítimas do titular dos dados. Na verdade, esta interpretação pode potencialmente excluir a possibilidade de se basear no legítimo interesse para o tratamento de dados de terceiros. Além disso, pode dificultar a prospecção de novos clientes pelas empresas, principalmente porque não há relacionamento prévio nesses cenários. As empresas que dependem fortemente de dados de fontes públicas enfrentariam riscos consideráveis, uma vez que a falta de uma relação direta com o titular dos dados poderia inviabilizar suas atividades. Em última análise, mesmo algo tão comum como o recrutamento de novos empregados pode ser prejudicado por esta interpretação: basta considerar que uma empresa de RH que recolhe currículos de múltiplas plataformas online para preencher vagas de clientes pode encontrar dificuldades se não tiver um relacionamento prévio com os candidatos – mesmo que o tratamento possa beneficiar diretamente esses titulares.



- c) Natureza Dinâmica: As expectativas do titular podem mudar ao longo do tempo devido a mudanças nas atitudes sociais, nos cenários jurídicos e nas capacidades tecnológicas. As empresas precisarão monitorar e atualizar continuamente suas práticas para permanecerem alinhadas com o que é considerado uma “expectativa legítima” em determinado momento, e sujeitas à discricionariedade de quem for avaliar esse conceito em uma situação concreta – seja a ANPD, o Judiciário, ou outras autoridades. Além disso, o ritmo acelerado das mudanças tecnológicas pode alterar significativamente o que é considerado “razoável” ou “legítimo” em termos de tratamento de dados. O que pode ter sido aceitável há um ano pode não ser aceitável hoje.
- d) Requisitos de transparência: Garantir que os titulares dos dados possuam os “*elementos para avaliar se o tratamento de dados está alinhado com as suas expectativas legítimas*” pode apresentar desafios intransponíveis, tendo em vista a enorme dificuldade em determinar as expectativas de uma população diversificada de titulares de dados, cada um com perfis, necessidades e comportamentos distintos.

Portanto, sugerimos que a ANPD estabeleça critérios mais específicos e forneça exemplos mais concretos que levem em conta os elementos discutidos acima.

