

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O LEGÍTIMO INTERESSE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
E A ENTREGA DE PUBLICIDADE DIGITAL DIRECIONADA**

LUCAS DE AVILA PEÇANHA RODRIGUES

Rio de Janeiro

2023

LUCAS DE AVILA PEÇANHA RODRIGUES

**O LEGÍTIMO INTERESSE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
E A ENTREGA DE PUBLICIDADE DIGITAL DIRECIONADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito sob orientação do **Professora Daniela Silva Fontoura de Barcellos**.

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

R6961 Rodrigues, Lucas de Avila Peçanha
O Legítimo Interesse na Lei Geral de Proteção de
Dados Pessoais e a Entrega de Publicidade Digital
Direcionada / Lucas de Avila Peçanha Rodrigues. --
Rio de Janeiro, 2023.
62 f.

Orientadora: Daniela Silva Fontoura de Barcellos.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Privacidade. 2. Proteção de Dados Pessoais. 3.
Publicidade Digital. I. de Barcellos, Daniela Silva
Fontoura, orient. II. Título.

LUCAS DE AVILA PEÇANHA RODRIGUES

**O LEGÍTIMO INTERESSE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
E A ENTREGA DE PUBLICIDADE DIGITAL DIRECIONADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de bacharel em Direito sob orientação de **Daniela Silva Fontoura de Barcellos**.

Data da Aprovação: 27/11/2023

Banca Examinadora:

Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcellos

Dra. Rosane Teresinha Carvalho Porto

Rio de Janeiro

2023

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à minha mãe, Lilian, a única que, sem exceções, sempre esteve do meu lado nos melhores e, especialmente, nos piores momentos. Só nós sabemos do que passamos juntos e essa conquista é tão minha quanto sua. Esse ano não foi fácil para nós, mas superamos e superaremos todos os desafios, juntos sempre. Nossa conexão é infundável e de muitas outras vidas. Obrigado por tudo.

A meu avô, Valmir, você é meu herói e minha grande inspiração. Obrigado por fazer tanto por mim e por nossa família, tenho muito orgulho de ser seu neto e certamente não estaria aqui se não fosse por você.

À minha mulher e companheira de vida, Mirela. O grande amor da minha vida e minha eterna parceira, amiga e namorada. Obrigado por me dar a honra de dividirmos a vida, nossas conquistas e nossas derrotas. Obrigado por ser mais do que puder sonhar um dia, tudo que eu mais quero é continuar construindo essa linda história ao seu lado.

À minha grande “parceirinha”, confidente e amiga para todos os momentos, minha cachorra Lolla. Filha, você é o amor da vida do pai e sempre me levantou em diversos momentos, em que eu mesmo me sentia sem forças para seguir.

Aos meus melhores amigos, Lucas, Vitor e Duda. Vocês estiveram lá por mim, quando ninguém mais esteve, no pior momento da minha vida. Nunca esquecerei disto. Obrigado por todos os momentos e por estarem perto mesmo que fisicamente longe.

Ao departamento Jurídico da Globo, em especial, Gisele Albuquerque, Maria Eduarda Gravina, Alexandra Guimarães e Eduarda Naar. Vocês, mais do que chefes, foram e são minhas mentoras. Abriram as portas para que eu iniciasse minha trajetória profissional e confiaram sempre em mim e no meu potencial, mesmo quando eu mesmo não o fazia. Me deram autonomia e responsabilidades, me formando o Advogado que serei. Na Globo, reencontrei-me no direito e pude efetivamente apreciar cada segundo do meu dia a dia no trabalho. Tenho mais a agradecer do que imaginam.

Não posso deixar de agradecer aos meus primeiros chefes Raphael e Daniel, vocês me abriram as primeiras portas do mercado de trabalho. Com vocês, aprendi muito e tenho total ciência da importância destas lições para o profissional que sou hoje.

Deixo minha gratidão também para todas as amizades que nasceram na faculdade e que levarei para toda a vida. Beatriz Paim, João Pedro Sathler, Maria Eduarda Andrade e Mila Cunha, obrigado por deixar esses cinco anos mais leves e cheios de risadas e aventuras. Obrigado por cada desespero pré prova, cada noite mal dormida de estudo compartilhada, cada almoço, lanche e brincadeira.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à minha orientadora por aceitar uma missão improvável e difícil como esta, quando muitos não fariam o mesmo. Obrigado por ser sempre tão humana, solícita, gentil e presente.

RESUMO

O objetivo inicial do presente trabalho é investigar a legalidade do uso da base legal do legítimo interesse, pelas empresas, para fundamentar o tratamento de dados pessoais na internet, visando à entrega de publicidade digital direcionada. Sabe-se que tais empresas, tendo em vista a maior facilidade e abrangência de tal hipótese autorizativa, usam-na com objetivo de entregar uma publicidade mais relevante para o consumidor, atingindo maiores taxas de conversão de internautas em consumidores, gerando uma vantagem competitiva, além de melhores resultados. Nesse sentido, pretende-se examinar, a partir de uma análise crítica da legislação correlata, em especial da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e da Constituição Federal, até que ponto é possível usar tal base legal para justificar o tratamento de dados pessoais no referido contexto, bem como quais são os respectivos impactos mercadológicos e nos direitos fundamentais dos titulares garantidos à nível constitucional e infraconstitucional. Para investigar o tema acima apontado, a pesquisa utiliza o método exploratório, tendo como base a análise de artigos científicos, fontes legislativas e textos doutrinários. Do ponto de vista da aplicabilidade, o presente trabalho de monografia analisa estudos empíricos que abordam as principais tendências do mercado publicitário, as formas de tratamento de dados pessoais no contexto da entrega de publicidade digital direcionada e os respectivos impactos na vida privada e intimidade dos internautas. O recorte escolhido para a investigação diz respeito ao alcance da legislação nacional no que diz respeito à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Palavras-chave: publicidade digital direcionada; proteção de dados pessoais; direito à privacidade.

ABSTRACT

The initial aim of this paper is to investigate the legality of companies using the legal basis of legitimate interest to justify the processing of personal data on the internet, with a view to delivering targeted digital advertising. It is known that these companies, in view of the greater ease and scope of this legal basis, use it in order to deliver more relevant advertising to the consumer, achieving higher conversion rates of internet users into consumers, generating a competitive advantage, as well as better results. In this sense, the aim is to examine, based on a critical analysis of related legislation, especially the General Personal Data Protection Law and the Federal Constitution, the extent to which it is possible to use this legal basis to justify the processing of data in this context and what the respective marketing impacts are and on the fundamental rights of data subjects guaranteed at constitutional and infra-constitutional level. In order to investigate the above topic, the research uses the exploratory method, based on the analysis of scientific articles, legislative sources, and doctrinal texts. From the point of view of applicability, this monograph analyzes empirical studies that address the main trends in the advertising market, the forms of data processing in the context of the delivery of targeted digital advertising and the respective impacts on the private life and intimacy of Internet users. The focus chosen for the investigation concerns the scope of national legislation with regard to privacy and the protection of personal data.

Keywords: targeted digital advertising; protection of personal data; right to privacy.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	10
2. PUBLICIDADE DIGITAL	13
2.1. Desenvolvimento de novas dinâmicas publicitárias no Brasil do século XXI ..13	
2.2. O controle do direito sobre a publicidade digital	16
2.3. Publicidade digital direcionada	21
2.4. O tratamento de dados pessoais na publicidade direcionada	24
3. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	29
3.1. A proteção de dados pessoais no Brasil	29
3.2. LGPD: aspectos gerais e introdutórios	31
3.3. Fundamentos da LGPD e seus conflitos internos	35
3.4. Princípios da LGPD: Finalidade, adequação, necessidade e transparência	37
3.5. Direitos dos titulares	40
3.6. Hipóteses autorizativas	43
4. A LEGALIDADE DO LEGÍTIMO INTERESSE PARA FINS DE ENTREGA DE PUBLICIDADE DIGITAL DIRECIONADA	48
4.1. Observações precípuas	48
4.2. Teste de balanceamento	49
4.3. Possíveis soluções	57
5. CONCLUSÃO	59
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho de monografia é analisar, sob um viés crítico, a legalidade do fundamento jurídico do legítimo interesse, pelas empresas, a fim de fundamentar a prática de tratamento de dados pessoais na internet, visando à publicidade digital direcionada.

Tem-se como ponto de partida a existência de uma questão prática no que se refere ao devido tratamento de dados pessoais no contexto da entrega de publicidade digital direcionada. Em um mundo pautado em uma cultura *data driven*, em que “o dado pessoal é a moeda da economia contemporânea, mormente a digital”¹, o uso do *business intelligence*, ou seja, “a concentração de dados do negócio estruturados de forma que seja capaz de gerar informações e conhecimentos que apoiem a tomada de decisões em departamentos de uma empresa”², torna-se não mais apenas uma vantagem competitiva, mas algo indispensável a qualquer empresa que almeje destaque no mercado.

No entanto, tal tratamento de dados pessoais não pode ser desmedido e deve respeitar a legislação vigente, em especial a recente Lei Geral de Proteção de Dados e os princípios da inviolabilidade da vida privada e da intimidade dos titulares de tais dados, previstos no art. 5º, X, CRFB/88³. Ademais, tal tratamento deve ter sua finalidade, adequação e necessidade muito bem definidas, precisando estar de acordo, ainda, com o modelo de negócios e planejamento estratégico das empresas⁴, visto que o tratamento fora desses moldes é considerado ilegal.

¹ VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.). Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.50-71

² CONCEIÇÃO, Luís Felipe Marques dos Santos. A importância do business intelligence na tomada de decisão. Pedrouços: Instituto Universitário Militar (Portugal), 2020. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.26/33092>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

³ CRFB/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁴ GUERRA, Gustavo Rabay e NÓBREGA, Juliana Targino. Privacidade de Dados e Business Intelligence nas Redes Sociais: Profiling como Ato Lesivo à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 7, p. 179.

No entanto, conforme foi possível observar ao longo da presente pesquisa, há uma dificuldade das empresas na escolha do fundamento jurídico para tal prática, já que a LGPD não especifica quais bases serão as aplicáveis em cada caso, mas apenas aduz que todas são válidas e que não há hierarquia entre elas. Nesse sentido, em que pese o consentimento parecer, em um primeiro momento, a base legal adequada para o caso em tela, trata-se de uma base frágil e sujeita a diversas críticas.

Nesse sentido, o que se vê, efetivamente, são as empresas se utilizando do legítimo interesse, por se tratar de uma base legal mais abrangente e de mais simples aplicação, para justificar o tratamento de dados pessoais visando à entrega de publicidade digital direcionada. Ocorre que o uso de tal base legal neste contexto esbarra em diversas discussões acerca de garantias e direitos individuais, constitucionalmente previstos. Por outro lado, o uso de tal hipótese autorizativa no referido contexto, também serve como importante arma para garantir outros objetivos, direitos e diretrizes igualmente importantes da constituição, especialmente sob o viés econômico.

Apesar da evidente legitimidade da Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD em atuar na proteção de dados pessoais, aplicando sanções e regulamentando diversos temas, a autarquia permanece silente em relação a este, apenas replicando, o que já está previsto na LGPD, qual seja, que o uso do legítimo interesse deve ser considerado no caso concreto, de modo a não prejudicar direitos individuais dos titulares de dados, abrindo assim margem a interpretações conflitantes.

Neste sentido, o principal objetivo do presente trabalho reside, especialmente, em compreender, a partir de uma análise crítica: (i) a legitimidade do uso do legítimo interesse para entrega de publicidade digital direcionada; (ii) os impactos mercadológicos de seu uso/proibição; (iii) os impactos de seu uso/proibição na seara das garantias e direitos fundamentais. Assim, possibilitando uma análise final, igualmente crítica, de sua legalidade no referido contexto.

Para tanto, abordar-se-á, primeiramente, o panorama geral da publicidade

digital no Brasil, especialmente a publicidade digital direcionada, incluindo, mas não se limitando (i) aos seus benefícios para o desenvolvimento econômico e a livre concorrência; (ii) os riscos inerentes ao tratamento de dados pessoais nestas hipóteses; e (iii) os cuidados a serem observados pelas empresas que embarquem nessa jornada.

Em seguida, dar-se-á um panorama geral da LGPD, trazendo aspectos gerais e históricos, fundamentos e princípios norteadores, os principais direitos do titular e as bases legais/hipóteses autorizativas (em especial o consentimento e o legítimo interesse).

Por fim, analisar-se-á a relação entre o legítimo interesse e a publicidade digital direcionada, sob o viés de sua legalidade no referido contexto, visando a discutir com clareza e criticidade os pontos levantados.

2. PUBLICIDADE DIGITAL

A definição de um ponto de partida é fundamental para a compreensão de qualquer problemática prática ou científica. No presente trabalho, parte-se da análise geral da publicidade digital no Brasil. A ideia é compreender, na teoria e na prática, o contexto da publicidade digital, em especial da publicidade digital direcionada, possibilitando um maior embasamento, tendo em vista a árdua posterior tarefa de ponderar e, naturalmente, flexibilizar e reinterpretar direitos e garantias constitucionais.

2.1. Desenvolvimento de novas dinâmicas publicitárias no Brasil do século XXI

A sociedade atual é nitidamente digital. A revolução da internet, posteriormente massificada pelo crescimento e domínio das redes sociais, promoveu mudanças profundas na forma de consumir, tanto conteúdo, quanto bens.

Estamos falando de uma sociedade que vive em seus celulares, tendo um universo de informação na ponta do dedo. Um Brasil que tem uma população 20% menor do que o número de smartphones.⁵ O *e-commerce* teve um crescimento exponencial⁶, resultando no fechamento de diversas lojas físicas e a consolidação de gigantes como a Amazon e o Mercado Livre no mercado. Livrarias são cada vez mais raras e, inclusive, a aquisição de livros físicos sofreu drástica redução com o surgimento de *tablets* e *e-readers*, como o Kindle, da Amazon.

Quanto ao conteúdo, a diferença é ainda mais gritante. O consumo de mídia, atualmente, ocorre majoritariamente pela internet, em especial pelas redes sociais. Plataformas como o Instagram e Twitter deixaram de ser apenas redes sociais em seu sentido primordial, isto é, um mecanismo para criar e desenvolver relações interpessoais, e se tornaram um veículo para consumir notícias, para buscar e

⁵ SOUZA, Luiz Paulo. Brasil tem mais smartphones do que habitantes, aponta levantamento. *Veja*, 27 abr. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/brasil-tem-mais-smartphones-do-que-habitantes-aponta-levantamento>. Acesso em: 12 outubro. 2023.

⁶ NEIVA, Anna Carolina. Brasil tem mais smartphones do que habitantes, aponta levantamento. *Veja*, 30 ago. 2023. Disponível em: <https://edrone.me/pt/blog/dados-ecommerce-brasil>. Acesso em: 18 outubro. 2023.

avaliar serviços, comprar bens etc.

Inclusive, falando-se em redes sociais, segundo Kotler, os consumidores voltaram para o “*boca a boca*”, como um meio mais confiável de avaliar uma possível compra. Dessa maneira, a ascensão das mídias sociais, como ambiente de troca de informações constante entre pessoas “é apenas reflexo da migração da confiança dos consumidores das empresas para outros consumidores”⁷.

Assim, com o surgimento de novas dinâmicas socioeconômicas, o mercado precisa se adaptar, uma vez que as empresas que não se atualizam perdem sua influência e, conseqüentemente, padecem. E a publicidade não é uma exceção. Ao contrário, a publicidade é a “alma do negócio”, uma peça central para a prosperidade de qualquer negócio.

Do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar seu consumo.⁸ Ora, sendo o propósito da publicidade transmitir informações e criar atitudes acerca do produto de tal forma que o consumidor fique predisposto a comprar⁹, é essencial que as empresas entendam as novas tendências e espaços publicitários. Tal necessidade fica ainda mais escancarada com o desenvolvimento da Sociedade da Informação¹⁰, em que predomina a distribuição massiva e constante de informação, aumentando o desafio de capturar a atenção do potencial cliente. Dia a dia, a publicidade passa a incorporar uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais, com o objetivo de convencer o consumidor a adquirir determinados bens ou serviços.¹¹

A supracitada transferência das dinâmicas socioeconômicas para o ambiente digital afasta o consumidor dos antigos meios de consumo. Atualmente, nas

⁷ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. Marketing 3.0: as forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 34 a 37.

⁸ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 29.

⁹ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 44

¹⁰ A sociedade da informação diz respeito ao estágio da sociedade em que a informação se tornou uma ferramenta de fácil acesso, passando a ser ponto chave e um importante mecanismo para o desenvolvimento pessoal, econômico e coletivo.

¹¹ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 42 a 44.

palavras de Du Pin, “todos podem criar, produzir, editar consumir, compartilhar e veicular seu próprio conteúdo”¹². É neste contexto que se desenvolve, com força considerável, a publicidade digital, que pode ser definida como “toda comunicação que se utiliza de meios interativos digitais para promover a marca, os produtos ou serviços e, de alguma forma, influenciar positivamente a conduta dos consumidores reais ou potenciais”¹³

Trata-se de um grande caminho desde o longínquo ano de 1994, em que o primeiro anúncio digital surge com os seguintes dizeres: “*Have you ever clicked your mouse right here? You will*”¹⁴, até os tempos atuais, em que temos milhares de ferramentas, meios e espaços publicitários distintos. Vivemos, efetivamente, a era da publicidade digital. Nesse sentido, como aduz Dias¹⁵, “Inúmeros podem ser os meios interativos digitais ou plataformas digitais que servem de veículo para a publicidade. As mais conhecidas são as comunicações de caráter comercial em redes sociais (Facebook, Twitter, YouTube, Instagram, Snapchat), mas podemos citar, ainda, em caráter meramente exemplificativo, os blogs, as páginas da web próprias das empresas ou de terceiros contratados, *digital outdoor*, anúncio patrocinado em sites de busca como o Google, publicidade para telefones (MMS/SMS), para aplicativos (app), *advergames* ou qualquer outra tecnologia digital”.

A publicidade clássica, com seus mitos e privilégios, está sendo desafiada por novos modelos, que contemplam a interatividade, a relevância, a experiência, o compartilhamento e a interferência do consumidor. Esta nova dinâmica, tem tornado a publicidade “tradicional” gradualmente menos efetiva e a publicidade digital, portanto, mais efetiva.

Tal efetividade da publicidade digital se traduz em números: segundo relatório

¹² DU PIN, Shyrlei Guitério Calmon. A publicidade na sociedade da informação. O despertar de novos formatos e linguagens. In: Trabalho apresentado ao GT de História da Publicidade e da Comunicação Institucional, integrante do 10º Encontro Nacional de História da Mídia. Rio de Janeiro, 2015. p.12.

¹³ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 506.

¹⁴ HESTERBERG, Karla. A Brief History of Online Advertising. HubSpot, 29 nov. 2021. Disponível em: <https://blog.hubspot.com/marketing/history-of-online-advertising>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁵ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 506.

da GitNux¹⁶, a publicidade digital aumenta em 9,9%, em média, a taxa de “*leads-to-close*”, taxa esta que traduz a eficácia de um processo de geração de potenciais clientes (*leads*) e sua transformação em clientes efetivos, pagantes. É inegável que a publicidade digital, mais do que uma realidade atual, é o futuro. Tal fato, além de empiricamente nítido, é estatisticamente comprovável. Segundo relatório emitido pela Insider Intelligence (antiga “eMarketer”), a previsão é de que, até 2027, a publicidade digital seja responsável por 73,8% dos investimentos em mídia, como um todo, nos Estados Unidos¹⁷.

O impacto da publicidade digital é tão grande que podemos ver revoluções dentro do próprio ambiente digital. Não é incomum observarmos grandes emissoras contratando influenciadores digitais para realizar inserções de publicidade dentro do próprio espaço de mídia daquele (a) influenciador (a). Ora, insistir em investir no mesmo escopo publicitário, consolidado ao longo do século XX, é negar a realidade. Para fins de analogia, seria o mesmo que se recusar a usar um telefone celular atualmente.

Assim, a publicidade digital, como um todo, se expande a ritmos avassaladores, haja vista que a soma de baixo custo e longo alcance é muito atrativa às empresas, especialmente as de menor expressão, que contam com um menor orçamento para a publicidade, na mesma medida que necessitam desta publicidade para atingir mais clientes e alçar voos mais altos, tendo em vista que não possuem a mesma notoriedade (o que, por sua vez, gera um desenvolvimento “orgânico”) das grandes empresas.

2.2. O controle do direito sobre a publicidade digital

Adalberto Pasqualotto pontua que a transferência das dinâmicas sociais, conforme citada no tópico anterior, “exigiram da publicidade uma nova função: a de

¹⁶ CASTILLO, Lorena. Digital Marketing Vs Traditional Marketing Statistics [Fresh Research]. Gitnux, 04 out. 2023. Disponível em: <https://blog.gitnux.com/digital-marketing-vs-traditional-marketing-statistics/>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁷ CRAMER-FLOOD, Ethan. <https://www.insiderintelligence.com/content/worldwide-ad-spending-update-2023>. Insider Intelligence, 04 out. 2023. Disponível em <https://www.insiderintelligence.com/content/worldwide-ad-spending-update-2023>. Acesso em: 12 out. 2023.

orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demanda. Ela se transformou, ao mesmo tempo, na alma do comércio e no principal instrumento das empresas na luta concorrencial”¹⁸. Não obstante o crescimento da publicidade digital seja iminente e positivo, este deve ser acompanhado por uma análise minuciosa dos impactos jurídicos, vez que a expansão digital, ao importar na criação de novas dinâmicas, apresenta novas obrigações, novos deveres e direitos a serem observados e preservados.

Além disso, o próprio direito pré-existente é mutável. Como uma criação social, o direito é altamente impactado pelas modificações sociais ao longo do desenvolvimento humano, bem como impacta expressivamente a sociedade e a modifica. É uma verdadeira “via de mão dupla”, de modo que podemos perceber que as próprias obrigações e direitos já existentes passam a ter novos contornos com a consolidação do mundo globalizado e a expansão da publicidade digital, sendo necessários novos entendimentos e interpretações, expansões e reduções do escopo da realidade fática.

É necessário, então, que o direito se adapte a estas novas dinâmicas, tutelando o “núcleo duro” dos direitos fundamentais e garantias relacionados à publicidade digital, sem que se deixe de considerar seus novos contornos e finalidades, mas de modo que a mesma não se torne uma “terra sem lei”. Isso porque a publicidade, no geral, deve cumprir suas funções de informar, persuadir e vender, mas de forma sustentável e responsável, sem incorrer em abusos.¹⁹

Nesse sentido, é importante dizer que publicidade e direito não devem ser vistos, portanto, como conflitantes. A publicidade é protegida na medida em que o direito purifica o mercado dos excessos e, purificando-o, fortalece, por via transversa, o próprio papel do marketing e da publicidade na moderna sociedade. Por seu turno, o direito, evidentemente, não ignora a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico.²⁰ E nem poderia ser diferente, tendo em vista

¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1997, p. 28-29.

¹⁹ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 46.

²⁰ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 46.

que a publicidade digital, conforme aqui vergastado, é uma arma poderosa para o desenvolvimento econômico, que, por sua vez, é um dos pilares para o desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 3º, II, da Carta Magna²¹ e essencial instrumento para que se mantenha livre o desenvolvimento econômico, conforme tutelado no art. 170, *caput*, IV e parágrafo único²², da Constituição Federal.

Tal fato se dá pois, além de ser crucial para o desenvolvimento econômico de maneira geral – sendo certo que uma publicidade constrangida equivaleria a um desenvolvimento econômico restringido –, a publicidade digital, por ser menos custosa e mais democrática por excelência, permite que empresas menores disputem de forma menos desigual com as grandes empresas, que possuem um orçamento muito maior para a publicidade. Ou seja, os recursos publicitários bem direcionados, por muitas vezes, são responsáveis pela independência e sobrevivência econômica de muitos veículos de comunicação, bem como pela entrada e conquista de fatias de mercado por parte das empresas anunciantes.

Torna-se evidente, portanto, que a publicidade digital, por esta ótica, passa a ser também um importante instrumento da livre concorrência, um dos ditames fundamentais da ordem econômica e financeira, protegida pelo art. 170, *caput*, do Diploma Maior. Além disso, a publicidade digital livre, mas não desregulada, é uma manifestação do próprio princípio da liberdade de expressão, esculpido nos arts. 5º, IX²³ e 220, *caput*²⁴ também da Constituição Federal, uma vez que caracterizada

²¹ CRFB/88, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional;”

²² CRFB/88, art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IV - livre concorrência; (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)”

²³ CRFB/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

²⁴ CRFB/88, art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

como atividade intelectual.

Pela análise acima, resta notável que o direito possui diversos institutos que protegem a atividade publicitária, tendo em vista que se trata de uma importante ferramenta para o desenvolvimento da economia e do exercício das plenas liberdades individuais. Portanto, é importante frisar que essas "eventuais restrições ao exercício da publicidade devem ser razoáveis e proporcionais, sob pena de caminharmos para uma nociva ingerência do Estado no desenvolvimento livre da sociedade, tanto no seu aspecto econômico quanto intelectual"²⁵. Um exemplo famoso de restrição publicitária são as impostas aos produtos nocivos, como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, nos termos dos §§4º e 3º, do art. 220, da Constituição Federal²⁶, priorizando-se, portanto, o direito à vida, à saúde e, em última análise, à dignidade da pessoa humana.

Torna-se evidente que quando restringimos a publicidade, estar-se-á diante de um embate de princípios e direitos protegidos à nível constitucional e infraconstitucional. Neste sentido, é importante pontuar que nenhum direito, incluindo, mas não se limitando aos direitos fundamentais, pode ser absoluto, tampouco esgotado, sendo necessário, portanto, o exercício da ponderação no caso concreto, de modo a atingir o melhor resultado, considerando os interesses da sociedade como um todo.

Além da Constituição Federal, outros exemplos de legislações que lidam com o tema são o Código do Consumidor, que estabelece diversas regras e diretrizes ao âmbito publicitário, a lei federal nº 4.680/65 e o Decreto 57.690/66. É de se ressaltar,

²⁵ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 63.

²⁶ CRFB/88, art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (...)

§ 3º Compete à Lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso."

ainda, que o próprio mercado apresenta ferramentas de autorregulamentação, como as resoluções do CONAR, que, embora não tenham a coercitividade da lei, são efetivamente cumpridas por uma grande parcela dos profissionais da área²⁷.

Em mesma linha, importante mencionar que a doutrina, inclusive, estabelece princípios próprios da publicidade. Pode-se dizer, inclusive, que estes devem ser aplicados com rigor ainda maior às mídias digitais, haja vista as dificuldades próprias desse meio que não raras vezes podem induzir os consumidores em erro, seja quanto à forma, seja quanto ao conteúdo da mensagem publicitária²⁸. São exemplos deles: o princípio da identificação da mensagem publicitária, esculpido no art. 36, CDC²⁹; e o princípio da não abusividade. A ideia deste último, previsto no art. 37, §2º, CDC³⁰, é exatamente proibir qualquer tipo de publicidade abusiva, sendo certo que o mesmo se desdobra, naturalmente, no subprincípio da captura não abusiva do consumidor.

Nesse sentido, ressalta-se que a captura do consumidor é intrínseca à publicidade. Em um contexto crescentemente digital, conforme vergastado nos tópicos acima, torna-se comum a busca por mecanismos de captura cada vez mais agressivos, constituindo uma verdadeira enchente de publicidade a todo momento do dia ao consumidor. Aliando tal fato ao panorama de cultura *data driven*, o uso de dados acaba por se tornar uma ferramenta poderosíssima na luta concorrencial entre as empresas, servindo como verdadeira vantagem competitiva, uma vez que permite segmentar cada vez mais a publicidade digital, atingindo públicos-alvo em um nível de especificidade nunca visto antes.

Ocorre que tal uso não pode ser desmedido, independentemente do contexto

²⁷ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 70.

²⁸ DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 506.

²⁹ CDC, art. 36: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

³⁰ CDC, art. 37: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...)”

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.”

publicitário ou não, de modo a esgotar direitos fundamentais constitucionalmente previstos, quais sejam os direitos à inviolabilidade da vida privada e da intimidade e o mais novo integrante do rol do art. 5º, o direito à proteção dos dados pessoais (art. 5º, LXXIX, CRFB/88³¹). Referida proteção é o ápice de uma longa jornada de dados que passa a ter uma relevância considerável com a promulgação da Legislação Geral de Proteção de Dados, a ser tratada nos tópicos a seguir e, especialmente, no próximo capítulo.

Neste sentido, o Direito deve agir de maneira a garantir que os direitos e garantias individuais relativos ao tratamento de dados pessoais sejam garantidos, sem, no entanto, constranger a publicidade digital. O balanceamento de interesses em relação à publicidade é essencial para preservar as liberdades individuais. Isso porque, se por um lado o excesso de imposição de medidas restritivas pelo Estado importa em uma limitação à liberdade do consumidor de acesso aos diferentes produtos e serviços, impedindo, por sua vez, o amplo poder de escolha deste; por outro lado, a total desregulamentação da atividade, promove práticas abusivas por parte das empresas – que, em regra, sempre buscarão os seus próprios interesses individuais orientados pelo lucro – e, por conseguinte, resulta em desinformação do consumidor, que restará novamente desamparado e limitado em seu poder de escolha.

2.3. Publicidade digital direcionada

Com o crescimento da publicidade digital, o alcance da mesma passa a tomar outros significados. Nitidamente, ao falar da rede mundial de computadores, tal alcance deixa de ser concentrado naquele país ou em alguns países e passa a ter abrangência mundial. Ao mesmo passo que isso configura uma nítida vantagem para o anunciante, que passa a ter um maior “espaço amostral”, a publicidade nesse espaço, sem a devida inteligência de mercado, passa a ser só mais uma “gota de água no oceano”. Isto é, os anunciantes não tinham a visibilidade, tampouco a

³¹ CRFB/88, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”

garantia de que impactariam o público-alvo.

Nesse sentido, inicia-se uma verdadeira busca, por parte dos anunciantes, por métodos que os permita direcionar seus anúncios para determinados públicos, visando a realizar uma segmentação da sua publicidade. É assim que surge a publicidade digital direcionada, que pode ser conceituada como aquela “que transmite sua mensagem publicitária para um indivíduo-alvo com base em uma análise de dados acumulados em vários sites externos sobre a atividade online de um usuário”.³²

Isso ficou ainda mais evidente a partir da disseminação das mídias digitais, quando o modelo de anúncios personalizados passou a ser dominante, o que ocorreu a partir da década de 1990, diante do surgimento da internet comercial.³³ O surgimento da “*Double Click*”, em 1996, uma das primeiras empresas a oferecer serviços de rastreamento dos anúncios, gerando relatórios com informações como o número de vezes que aquele anúncio foi visto e acessado em diferentes sites, explicita essa revolução dos anúncios personalizados.

Adentrando a década de 2010, com a consolidação das redes sociais como principal veículo de mídia, em um esforço de atingir um público mais jovem – que constitui, em regra, a maioria dos usuários em redes sociais – os anunciantes passam a apostar nas redes sociais e, notadamente, na qualidade do anúncio em detrimento da quantidade. Tal qualidade decorre exatamente da capacidade de segmentar anúncios com base em uma ampla gama de critérios, como demografia, interesses, comportamentos de navegação e dados demográficos específicos, permitindo aos anunciantes direcionar suas mensagens para grupos específicos de usuários, aumentando a relevância e a eficácia dos anúncios. No entanto, para que esta segmentação seja viável, é notável que há um tratamento constante de dados pessoais. Assim, é comum perceber que quando pesquisamos um produto no

³² LEE, Sangwoo. A study on consent of the GDPR in advertising technology focusing on programmatic buying. 26 abr. 2023. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3616651. Acesso em 13 out. 2023. Tradução nossa.

³³ CRESPO, Marcelo. A Publicidade Digital e a LGPD: *Insights* sobre o Modelo de Negócios e como Proteger os Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 6, p. 151.

Instagram, por exemplo, somos bombardeados com publicidade, embutida no próprio conteúdo, acerca do mesmo produto pesquisado. Não é mágica, é simplesmente o uso inteligente e direcionado dos dados pessoais tratados.

Essas mensagens publicitárias são chamadas de *native advertising* e se caracterizam exatamente pela integração ao conteúdo que o internauta está consumindo. Trata-se de uma modalidade extremamente usada atualmente, vez que passa uma sensação menor de que se trata de uma publicidade, funcionando como uma importante estratégia no contexto da captação da atenção do internauta, de modo a “driblar” a aversão inicial ao conteúdo publicitário que “prejudicaria” o consumo de conteúdo a que se destinava o usuário.

Uma outra modalidade de publicidade digital direcionada é o *retargeting*, que consiste em reengajar os usuários que previamente interagiram com um site ou produtos de uma empresa. A base do *retargeting* é o uso de dados pessoais rastreados para identificar usuários que visitaram um site específico. Esses dados permitem que os anunciantes segmentem esses usuários com anúncios específicos quando eles navegam em outros sites ou plataformas online. Esta modalidade é particularmente eficaz para lembrar os visitantes “não-clientes” sobre produtos ou serviços que eles visualizaram, mas não compraram na primeira visita.

É verdade que a publicidade digital direcionada depende, como instrumento intrínseco, do tratamento de dados pessoais de usuários na internet, para que possa segmentá-los de acordo com os critérios que permitem a maximização da efetividade da mesma, traduzindo-se na maior conversão de meros usuários em consumidores. Em resumo, o uso de dados pessoais é o alicerce da publicidade digital direcionada, permitindo uma abordagem mais eficaz e personalizada, que beneficia tanto os anunciantes quanto os consumidores, que recebem uma comunicação mais relevante. Contudo, é imperioso que tanto os anunciantes, quanto as marcas anunciadas, bem como todos os componentes dessa cadeia publicitária exerçam sua função na adequação aos preceitos da Legislação Geral de Proteção de Dados, para que se garanta a legalidade, transparência e eticidade necessárias ao processo.

Ressalta-se que, apesar de indispensáveis, tais compromissos não são facilmente atingidos, isso porque o tratamento de dados pessoais no contexto da entrega de publicidade digital direcionada esbarra em conflitos de direitos e garantias individuais, à medida que também possui proteção garantida em normas legais e princípios constitucionalmente, conforme será adentrado adiante.

2.4. O tratamento de dados pessoais na publicidade direcionada

Conforme vergastado no último tópico, publicidade direcionada é aquela que transmite sua mensagem publicitária a um público-alvo com base em técnicas como *data mining*³⁴. Tais dados são tratados, visando a gerar uma peça publicitária mais atrativa e relevante para o consumidor, o que, por sua vez, gera uma taxa maior de conversão de *leads*. Ou seja, a coleta do vasto fluxo de dados pessoais provenientes do uso da internet pelos consumidores representa uma verdadeira geração de valor para as empresas, que, mediante suas campanhas de *marketing*, podem atingir um público mais interessado e, portanto, expandir suas vendas e seu lucro.

Logo, mediante o tratamento de dados pessoais como conteúdo navegado, histórico de pesquisas e interações do titular com temas relacionados ao seu perfil de consumo, as empresas conseguem atingir usuários que são mais suscetíveis a responder a um anúncio. Trata-se de uma grande vantagem competitiva no atual mercado orientado pela cultura *data driven*, em que “a informação se tornou o elemento substancial e vital para as relações sociais”³⁵ de modo que o processo de direcionamento de publicidade digital passa a ser uma imposição para a sustentabilidade dos negócios.³⁶

Frisa-se apesar de parecer algo novo – e não obstante o seu crescimento massivo o seja – o modelo de negócio da publicidade sempre envolveu o tratamento

³⁴ *Data Mining* consiste na análise de conjunto de dados, de modo a buscar conhecimento para a tomada de decisões em negócios, o que inclui por óbvio a publicidade. O objetivo do *data mining* no contexto da publicidade é analisar tais dados para direcionar a publicidade de forma mais inteligente, atingindo públicos mais especializados.

³⁵ BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.82.

³⁶ CRESPO, Marcelo. A Publicidade Digital e a LGPD: *Insights* sobre o Modelo de Negócios e como Proteger os Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 6, p. 152.

de dados pessoais. Tal uso remonta aos primórdios da década de 90, ocasião em que o mundo online ainda era embrionário. Empresas especializadas em anúncios publicitários já faziam pesquisas de mercado para entregar relatórios a empresas anunciantes com os sites que seus consumidores tinham mais propensão a utilizar.

A questão é que, no modelo atual, a transparência a respeito do uso de dados pessoais se encontra extremamente comprometida. Isso porque já se tornou uma prática das empresas no mercado não detalhar adequadamente o tratamento dos dados pessoais realizado, pois além de preservar a confidencialidade de seus negócios – evitando municiar a concorrência com seus algoritmos, *know-how* e outras formas de propriedade intelectual – e evitar um necessário investimento em adequação à legislação, em grande parte dos casos, tais empresas atuam em uma verdadeira área cinzenta da regulamentação.

Por exemplo, pensemos em uma situação em que uma plataforma digital de uma rede social combine *third-party data* com *first-party data* para enriquecer sua base de dados em prol da entrega de publicidade digital direcionada. Como a empresa justifica o tratamento destes dados? Qual a base legal adequada para fundamentar tal tratamento? A verdade é que grande parte dessas empresas lançam mão da base legal do legítimo interesse, a ser tratado no capítulo seguinte, em diversas hipóteses concretas, no contexto da entrega de publicidade digital direcionada, o que pode ser questionável.

Isso porque como defende Bioni³⁷, o legítimo interesse conquistou o status de uma “carta coringa regulatória”, para acolher uma infinidade de possíveis tratamentos de dados pessoais. No entanto, para que seja possível a utilização de tal base legal é necessário que, em primeiro lugar, realize-se um *assessment* acerca do tratamento realizado, avaliando e ponderando o interesse do controlador de dados ou de terceiros e as legítimas expectativas do titular de dados, considerando sempre os impactos a serem causados nos direitos deste mesmo titular.

O que ocorre é que o tratamento de dados pessoais para fins de entrega de

³⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.248.

publicidade digital direcionada, sempre implicará conflitos com baluartes das garantias individuais, como a inviolabilidade da vida privada e da intimidade, tendo em vista que ao receber um anúncio, cuja entrega não foi consentida pelo consumidor – e só foi possível por conta do tratamento de tais dados – pode-se considerar que o consumidor teve sua esfera privada indevidamente invadida. Contudo, há muitas discussões em jogo, tendo em vista que: (i) há outros direitos a serem ponderados e preservados, tanto do controlador quanto do titular de dados e também de terceiros; (ii) a análise abstrata da violação de eventual direito não pode ser determinante para se decidir sobre a legalidade de uma base legal, devendo ser analisados também os impactos concretos sobre os direitos do titular de dados; (iii) há outros critérios a serem considerados, além dos acima citados, para determinar a legalidade do uso da base legal do legítimo interesse.

De plano, para que o legítimo interesse seja válido é necessário que o tratamento de dados seja transparente, previamente definido e documentado, isso inclui, por óbvio, a forma mediante a qual será realizado, quais os tipos de dados tratados, bem como as finalidades e usos efetivos destes dados, entre outras características inerentes ao tratamento, sob pena de ferimento ao princípio da transparência e da finalidade, expressos no art. 6º, I e VI, LGPD³⁸.

A realidade, no entanto, é que, partindo do exemplo acima, a falta de transparência é regra, vez que normalmente os termos de uso destas plataformas digitais estabelecem uma permissão genérica para o tratamento de dados pessoais, sendo certo que “não é adequada a informação sobre a finalidade que se preste em termos amplos, genéricos e vagos”³⁹. Essa falta de transparência se dá tanto pelos interesses escusos de algumas empresas, quanto a dificuldade geral em definir e explicitar com precisão os meandros do tratamento dos dados para os titulares,

³⁸ LGPD, art. 6º: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

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

³⁹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 73.

tendo em vista a complexidade inerente ao contexto de crescimento exponencial de modelos de negócios baseados em *big data*⁴⁰, que por se tratarem de acervos gigantescos de dados, contribuem para tal deficiência, que, por sua vez, dificulta o exercício pelo titular de dados de seus direitos conferidos por lei.

Ilustrando esta realidade a partir da principal ferramenta de rastreamento de dados *online*, os *cookies*, fica ainda mais clara a existência de uma tremenda falta de transparência. Tal ferramenta desempenha um papel importante na Internet, aprimorando a experiência dos usuários e sustentando modelos de negócios. Dentre outras infundas finalidades, os *cookies* viabilizam o funcionamento de páginas eletrônicas e a prestação de serviços na internet, incluindo a medição do desempenho de uma página e a apresentação de anúncios personalizados⁴¹. Mais especificamente, no caso dos cookies de publicidade, a partir da coleta de informações relativas aos hábitos de navegação do usuário, os cookies de publicidade permitem sua identificação, contribuindo diretamente para o *profiling*⁴² e a exibição de anúncios personalizados de acordo com os seus interesses⁴³.

O que ocorre, na prática, é que, ao acessar uma página na internet, além da evidente dificuldade que os sites impõem para que o usuário realize o *opt-out* de tais cookies – usando-se de ferramentas ardilosas, como o posicionamento de *banners* para gerar um clique acidental –, estes não explicitam com clareza o uso de dados pessoais que será realizado e seu propósito, restringindo-se a fornecer informações genéricas sobre a finalidade dos mesmos, o que, conforme mencionado, pode inviabilizar ou restringir indevidamente o controle do titular sobre

⁴⁰ MARTINS, Amanda. O que é Big Data? Canal Tech, 06 abr. 2015. Disponível em: <https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/>. Acesso em 15 out. 2023.

⁴¹ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

⁴² Profiling, em resumo, é o perfilamento de dados, de modo a criar para o consumidor um perfil comportamental que servirá como base de análise para a tomada de decisões orientadas por dados pelas empresas.

⁴³ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

os seus dados pessoais.

Conforme supracitado, os riscos à privacidade são ainda maiores considerado o contexto de *big data*. Nesse sentido, faz-se mister entender os referidos riscos e os direitos ameaçados, a partir da análise da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, de modo que se possa ponderar a legitimidade e legalidade do uso da base legal do legítimo interesse como fundamento para o tratamento de dados pessoais, no contexto da entrega de publicidade digital direcionada.

3. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.1. A proteção de dados pessoais no Brasil

A proteção de dados pessoais no Brasil possui uma trajetória que se estende ao longo de diversas décadas. No entanto, durante grande parte desse período, as regulamentações nacionais eram dispersas e não abrangiam a complexidade crescente do tratamento de dados em uma sociedade cada vez mais digital, globalizada e, portanto, carente de referida proteção, conforme vergastado no capítulo anterior.

O dado pessoal sempre foi mercadologicamente valioso. O que mudou para os tempos atuais é que vivemos a era de gestão das tecnologias de informação e comunicação, pela qual quase todo tipo de serviço e produção sofre de uma intensa migração da via física para a via virtual, sendo certo que o combustível para viabilizar tal digitalização da vida é o dado.⁴⁴

A hiperconectividade aliada ao *big data* revelou um infinito conjunto de possibilidades de tratamento de dados por meio da internet⁴⁵. Assim, a partir da década de 2000, o tema da proteção de dados começou a ganhar maior destaque na agenda pública, acompanhando uma crescente preocupação sobre a importância da privacidade e da proteção de dados no meio digital, em especial com a explosão das redes sociais, o que gerou novos questionamentos e abordagens relacionados ao tema.

Assim, conforme leciona Feichas^{46,47}, “As empresas e governos deixam de

⁴⁴ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 365.

⁴⁵ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 151.

⁴⁶ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 365.

⁴⁷ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 366.

tomar decisões pautadas em diagnósticos para utilizarem evidências baseadas em dados estruturados, colhidos estrategicamente de várias formas, inclusive, via *big data*, o que se convencionou chamar de sistema *data driven*". "Ocorre que seu uso não está despido de proteção, já que eles, os dados, são elementos condutores de escolhas que incluem, excluem e, de modo geral, influenciam positivamente e negativamente a vida de todos". Sob outra perspectiva, aponta Frank Pasquale⁴⁸, que dados pessoais têm sido usados por grandes players econômicos para a criação daquilo que se denomina *one-way mirror*, possibilitando que tais agentes saibam tudo dos cidadãos, enquanto estes nada saibam acerca dos primeiros, levando a uma sociedade de vigilância.

Assim, novos deveres de cuidado em relação aos dados pessoais vão se impondo aos modelos de negócios *data driven*⁴⁹. No contexto internacional, a União Europeia desempenhou um papel crucial ao estabelecer o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) em 2018. Esse marco legal influenciou a discussão sobre o tema em âmbito nacional, reforçando a necessidade de o Brasil também contar com uma legislação moderna, consolidada e alinhada com os principais princípios e melhores práticas de proteção de dados pessoais.

Essa convergência de fatores culminou na promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) em 14 de agosto de 2018, entrando em vigor em setembro de 2020, após um confuso período de *vacatio legis*. Com a LGPD, o Brasil deu um passo significativo ao estabelecer um arcabouço legal abrangente para o tratamento de dados pessoais. A lei estabelece princípios e diretrizes para o tratamento de dados pessoais, promovendo a proteção destes e da privacidade do titular.

É fundamental frisar que embora os direitos à privacidade e à proteção de dados tenham uma forte interrelação, ambos possuem dimensões diferentes.

⁴⁸ PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 9. *In*: BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 365.

⁴⁹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 150.

Enquanto o direito à proteção dos dados pessoais envolve uma dimensão positiva, sendo necessária a intervenção estatal para que possa ser efetivada, mediante atuação ativa, tal como as sanções aplicadas pela Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD; o direito à privacidade é vinculado a uma dimensão negativa, não devendo o estado violá-lo. A proteção de dados pessoais surge mantendo um nexo de continuidade com o direito de privacidade, sendo deste oriunda, mas atualizando-se e promovendo características e tutelas próprias, tornando-se direito autônomo.⁵⁰

O direito de proteção de dados pessoais surge como instrumento de tutela não dos dados em si, mas sim da pessoa de onde advieram essas informações pessoais, de modo que tal direito tem como pressuposto o fato de que, atualmente, parte da personalidade humana é constituída por dados. “O dado pessoal se torna, portanto, um prolongamento da própria pessoa, e é exatamente em razão disso que existe uma proteção normativa diferenciada”.⁵¹

Diante de todo este contexto, a LGPD, nas palavras de Cristiano Colombo⁵² “é a corporificação da disciplina da proteção de dados pessoais, no cenário nacional. Trata-se de um “marco normativo geral”, tendo como centro a pessoa humana”. Isto é, a LGPD vem para consolidar, concentrar e normatizar tal proteção de forma a gerar maior segurança e proteção aos titulares, especialmente de seus direitos no âmbito da vida privada e de seus dados pessoais.

3.2. LGPD: aspectos gerais e introdutórios

Conforme ressaltado anteriormente, a LGPD, sancionada em 14 de agosto de 2018, entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, após um confuso período de *vacatio legis*. “Trata-se de uma lei de alcance horizontal, exclusivo e homogêneo no

⁵⁰ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 38.

⁵¹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 39.

⁵² BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 1.

que tange à proteção de dados pessoais”⁵³.

Sobre alguns conceitos, iniciando-se por “dados pessoais”, conforme art. 5º, I⁵⁴, “será dado pessoal todo aquele que identifique ou seja capaz de identificar uma pessoa natural”. Observa-se que a lei optou por não contemplar a pessoa jurídica, tendo em vista que seu cerne, como já citado é a pessoa humana. A lei arrebatou, ainda, a experiência humana em sua totalidade, do material ao imaterial, do físico ao eletrônico⁵⁵

Em sequência, faz-se mister definir o que é o tão falado “tratamento” de dados pessoais. Segundo o art. 5º, X, LGPD⁵⁶, ““tratamento” significa toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”. A quem compete as decisões relativas ao tratamento chamamos de controlador, enquanto quem realiza efetivamente o tratamento em nome do controlador chamamos de operador, nos termos do art. 5, VI e VII, LGPD⁵⁷.

A LGPD está estruturada em dois vértices fundamentais: (i) a proteção do titular de dados pessoais; (ii) o reconhecimento da licitude do tratamento de dados pessoais segundo as condições de quem define.

⁵³ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 150.

⁵⁴ LGPD, art. 5º: “Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;”

⁵⁵ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 3.

⁵⁶ LGPD, art. 5º: “Para os fins desta Lei, considera-se:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”

⁵⁷ LGPD, art. 5º: “Para os fins desta Lei, considera-se:

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;”

Importante ressaltar que a LGPD é uma legislação que não busca impedir o tratamento de dados pessoais, mas que pretende que as empresas desenvolvam uma governança de dados mais adequada⁵⁸. Por ser uma lei, basicamente, principiológica e programática, ela não traz obrigações concretas, mas sim as formas de se atingir certos objetivos, sendo seu propósito primordial assegurar a proteção dos dados pessoais e a privacidade dos titulares de dados.

A LGPD é uma resposta às crescentes preocupações sobre o tratamento de dados em um mundo cada vez mais digitalizado. Ao definir regras claras e abrangentes para a gestão de tais dados, a legislação busca equilibrar o desenvolvimento econômico e tecnológico com a proteção de direitos individuais, buscando harmonia entre tais forças, promovendo a transparência, segurança e empoderamento dos titulares e contribuindo para um ambiente digital mais ético e confiável.

A origem da preocupação e da disciplina da proteção de dados pessoais associa-se ao reconhecimento de um direito à autodeterminação informativa e do livre desenvolvimento da personalidade, sendo certo que o primeiro consiste, na era do *big data*, na forma de garantir o controle do cidadão sobre suas próprias informações. Ou seja, ele certifica que o titular tenha domínio sobre os seus dados pessoais, ainda que o tratamento dessas informações seja legítimo⁵⁹. Domínio este que é manifestado pela garantia dos direitos do titular e pela limitação gerada pelas hipóteses autorizativas de tratamento, a serem tratados adiante.

Dados pessoais coletados a partir de interações realizadas digitalmente, podem revelar diversos aspectos da personalidade e do comportamento dos titulares. Em tais contextos, essas pessoas são colocadas em uma posição de maior vulnerabilidade especialmente em face da assimetria de informação com relação a grandes provedores de aplicações de internet, que respondem pelo tratamento de

⁵⁸ CRESPO, Marcelo. A Publicidade Digital e a LGPD: *Insights* sobre o Modelo de Negócios e como Proteger os Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 6, p. 147.

⁵⁹ MARIA, Isabela e PICOLO, Cynthia. Autodeterminação Informativa: como esse direito surgiu e como ele me afeta? LAPIN, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/04/27/autodeterminacao-informativa-como-esse-direito-surgiu-e-como-ele-me-afeta/>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

uma quantidade massiva de dados pessoais ou quando os propósitos do tratamento não são apresentados de forma clara, precisa e facilmente acessível⁶⁰. Por isso, um dos objetivos centrais da LGPD é promover a transparência nas práticas de tratamento de dados, demandando que as empresas sejam claras e precisas ao comunicar aos titulares a finalidade e a forma como seus dados serão utilizados.

Nessa linha, “o titular dos dados pessoais tem o direito de saber com segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, sendo que o livre desenvolvimento da personalidade o protege contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais”⁶¹. Além disso, a LGPD busca garantir a segurança destes dados pessoais, obrigando os agentes de tratamento a adotar medidas técnicas e organizacionais que protejam essas informações contra acessos não autorizados, vazamentos ou qualquer forma de tratamento indevido. Esse aspecto é essencial para salvaguardar a integridade e confidencialidade dos dados.

Não obstante, em um primeiro olhar, seja passada a impressão de que a preocupação da LGPD é única e exclusiva no sentido de defender os “pobres titulares do controle dos vilões corporativos”, a realidade é um tanto diferente. A partir de seus fundamentos, é possível extrair a necessidade de equilibrar os direitos fundamentais ali previstos e que, em geral, apresentam conflitos, tais como a privacidade, autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, com valores de desenvolvimento econômico, inovação e livre iniciativa”.

Assim, conforme lecionam Martins, Longhi e Faleiros Júnior, “A LGPD é, enfim, uma lei em constante revisitação e reinterpretação, que demanda grande sinceridade daqueles que se dedicam a estudá-la quanto à constatação de que inexistem fórmulas prontas para entendê-la e decifrá-la por completo, sem a

⁶⁰ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protECAo-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023

⁶¹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 10.

colaboração e cooperação de especialistas, inclusive de outras áreas. De fato, implementá-la e adequar-se a ela é, por consequência, um desafio ainda maior, que envolve estudo diuturno e enfrentamento incansável de temas desafiadores contemplador no contraste de seus dispositivos à prática jurídica, nos mais variados setores”.⁶²

3.3. Fundamentos da LGPD e seus conflitos internos

A LGPD elegeu, em seu art. 2º⁶³, os fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais. Aproveita-se o espaço para especificar apenas alguns deles, em virtude de sua extensão e considerando a respectiva relevância para o presente trabalho, quais sejam: o respeito à privacidade; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; e a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Nota-se que estes fundamentos podem apresentar conflitos. Como ponderar o interesse do controlador, que sempre será direcionado para o desenvolvimento de seu negócio, orientado pelo desenvolvimento econômico e os direitos do titular em ver sua privacidade, seus dados e sua intimidade preservadas? A verdade é que o direito à proteção de dados pessoais, bem como da privacidade, não são absolutos e devem ser considerados, no caso concreto, em relação à sua função na sociedade, devendo ser equilibrado com outros direitos.⁶⁴ Inclusive, de acordo com o entendimento pacífico do STF⁶⁵, os direitos e garantias individuais, em um geral, não tem caráter absoluto, sendo possível a existência de limitações de ordem

⁶² BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. Nota de apresentação.

⁶³ LGPD, art. 2º: “A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”

⁶⁴ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p.11.

⁶⁵ À título de exemplo: STF - RE: 1292275 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 03/05/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/05/2023.

jurídica e “cabendo ao julgador, dadas as circunstâncias do caso concreto, em juízo de ponderação, avaliar qual princípio deverá prevalecer”⁶⁶.

Aqui, a questão está em exatamente encontrar o equilíbrio entre o exercício das liberdades e seus limites, em harmonizar os direitos fundamentais dos titulares de dados. Dever-se-á, no caso concreto, a partir do equilíbrio entre tais forças, sopesar os direitos em questão, à luz da proporcionalidade, a fim de encontrar a solução adequada ao caso concreto⁶⁷. Isto é, não há uma fórmula para definir que princípios e fundamentos deverão prevalecer, sendo possível, inclusive, que um fundamento prevaleça em relação ao outro em uma determinada situação, mas não prevaleça em outras situações.

Isso porque, embora o cerne da LGPD seja os direitos individuais dos titulares de dados, os demais interesses envolvidos devem ser igualmente considerados, especialmente por, muitas vezes, estarem fundamentados nas hipóteses previstas no art. 2º, LGPD, conforme citado, quais sejam o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência etc. Trata-se de temáticas vinculadas à Ordem Econômica e Financeira e visam a promover a liberdade de mercado, bem como a oportunidade das empresas de participar da atividade econômica do país e, conseqüentemente, de seu desenvolvimento⁶⁸.

Isso se aplica perfeitamente ao caso da publicidade digital direcionada, tendo em vista que, como citado no capítulo apropriado, além da publicidade digital direcionada ser um baluarte da própria liberdade de expressão, é um instrumento essencial para que as empresas e a sociedade, como um todo, atinjam o desenvolvimento econômico pleno, bem como para que se efetivem os princípios do livre desenvolvimento econômico e da livre concorrência, todos previstos no art. 170, CRFB/88. A experiência europeia nos traz ainda mais luz sob o tema, ao

⁶⁶ STF - RE: 1292275 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 03/05/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/05/2023.

⁶⁷ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p.11.

⁶⁸ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p.15.

abordar, na razão 153, da GDPR que: “O direito dos Estados-Membros deverá conciliar as normas que regem a liberdade de expressão e de informação, nomeadamente jornalística, académica, artística e/ou literária com o direito à proteção de dados pessoais nos termos do presente regulamento.”⁶⁹

Nesse sentido, cumpre ratificar que um dos motivos pelos quais o uso do legítimo interesse na publicidade digital direcionada é amplamente questionado reside exatamente no fato do mesmo não se fundamentar na autodeterminação informativa. Entretanto, como pode-se perceber pelas exposições supra, a autodeterminação informativa não é o único fundamento a embasar a legislação de dados brasileira, de modo que o fato de uma base legal não residir sua fundamentação em um fundamento específico, especialmente quando não há prejuízo concreto de direitos do titular, conforme restará demonstrado adiante, não resulta necessariamente na inadequação ou ilegalidade da mesma.

3.4. Princípios da LGPD: Finalidade, adequação, necessidade e transparência

Há diversos princípios espalhados pela LGPD. No entanto, considerando a relevância para o tema em questão, bem como a relevância para a constatação de ilegalidades no tratamento de dados, especialmente no tocante à escolha das bases legais adequadas, optou-se por abranger tão somente a famosa tríade: finalidade, adequação e necessidade e o princípio da transparência.

Conforme conceitua Basan⁷⁰, “o princípio da finalidade é expressamente conceituado como o dever de realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular”, sendo ilegal o tratamento de maneira incompatível com a finalidade determinada *a priori*. A principal função do referido princípio é limitar o tratamento ao propósito previamente informado, evitando o uso dos dados feito de forma desconhecida e/ou não autorizada pelo titular e possuindo grande relevância prática, ao impor restrições às vontades unilaterais dos agentes

⁶⁹ Disponível em: <https://www.privacy-regulation.eu/pt/>. Acesso em 18 out. 2023.

⁷⁰ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p.59 e 60.

de tratamento e servir como base para valorar a razoabilidade do uso de determinados dados para certas finalidades, fora das quais haveria abusividade.⁷¹ Assim que atingida a finalidade, não poderá prosseguir o tratamento.

De acordo com o princípio da finalidade, a finalidade deve ser legítima (encontrar amparo legal, especialmente quanto à base legal adequada); específica (clara e adequada aos objetivos do tratamento); e (iii) explícita e informada (claramente explicitada, garantindo o entendimento inequívoco do titular acerca do tratamento realizado).

Em se falando dos princípios da adequação e necessidade, a ideia do primeiro reside na compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento. A necessidade, por sua vez, determina que o tratamento de dados deve ser limitado ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, de modo que a abrangência dos dados deve ser pertinente, proporcional e não excessiva, sempre tendo como base as finalidades anteriormente definidas. Sugere-se uma análise conjunta dos dois princípios, haja vista sua próxima relação, vez que o tratamento de dados pessoais deve se restringir às informações adequadas para a finalidade almejada (adequação), promovendo o tratamento do mínimo de dados necessários para o alcance do objetivo pretendido (necessidade).⁷²

No contexto do uso do legítimo interesse para entrega de publicidade digital direcionada, verifica-se que a crítica, tendo em vista os referidos princípios, não deve ser direcionada ao uso da base legal em específico, mas ao tratamento em finalidade diversa da originalmente intencionada e informada, e/ou de maneira excessiva ou inoportuna, considerando os dados efetivamente tratados e independentemente da base legal escolhida. Ora, não há qualquer impedimento ou ferimento aos referidos princípios e aos direitos dos titulares, por si só, ao definir o

⁷¹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p.60.

⁷² BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p.60 e 61.

legítimo interesse como base legal adequada ao tratamento de dados visando à entrega de publicidade digital direcionada. Isso decorre, efetivamente, da atuação ilegítima dos agentes do tratamento, conforme pontuado, independentemente da base legal selecionada.

Para fins de ilustrar este contexto, partimos do exemplo dos *cookies*. Caso o responsável pela página eletrônica informe ao titular que utiliza *cookies* apenas para as finalidades essenciais para provimento dos serviços, não poderá utilizar as informações coletadas para fins distintos e não compatíveis com essa finalidade, tal como a publicidade digital direcionada. Além disso, tais dados deverão ser pertinentes, proporcionais e não excessivos. Por isso, não se admite a indicação de finalidades genéricas, tal como ocorre com a solicitação de aceite de termos e condições gerais, sem a indicação das finalidades específicas de uso dos *cookies*.⁷³

Por fim, compondo o cerne da proteção de dados pessoais, “o princípio da transparência garante aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, com ressalva para os casos envolvendo segredos comerciais e industriais”⁷⁴. O princípio da transparência é especialmente relevante, pois o titular precisa ter ciência de todos os detalhes e condições do tratamento de dados para que possa exercer com plenitude todos os direitos que lhe são conferidos.

A fim de ilustrar a incidência de tal princípio, traz-se novamente o exemplo dos *cookies*. Para que o princípio da transparência seja cumprido é necessário que o agente de tratamento informe, de maneira clara e não exaustiva, a forma do tratamento, o período de retenção e as finalidades específicas que justificam a coleta de seus dados por meio de *cookies*, além de fornecer detalhes sobre eventual compartilhamento de dados com terceiros e sobre os direitos assegurados ao titular.

⁷³ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protECAo-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

⁷⁴ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 61 e 62.

Uma boa prática é a indicação ao titular sobre como gerenciar preferências de *cookies* em seu próprio navegador ou aparelho, possibilitando a este, eventualmente, desativar os *cookies* não essenciais e desabilitar *cookies* de terceiros. A forma utilizada para transmitir essas informações ao titular de dados pouco importam, desde que sejam suficientemente claras e detalhadas para que haja a inequívoca ciência e os necessários insumos para o exercício de seus direitos.⁷⁵ Nesta seara, “importante ressaltar que o gerenciamento de *cookies* pelo navegador possui uma função complementar, que não afasta a necessidade de disponibilização ao titular de um mecanismo direto e próprio para o gerenciamento de *cookies* e para o exercício de seus direitos, sempre acompanhado da indicação das informações correspondentes”⁷⁶.

Estabelecendo um paralelo com os demais princípios aqui levantados, há também uma certa resistência com o uso do legítimo interesse para justificar o tratamento de dados pessoais visando à entrega de publicidade digital direcionada, por haver uma suposta falta de transparência, comparado ao consentimento. Com a devida vênia, tal afirmação não merece prosperar. Isso porque, apesar da impressão inicial, não há garantia de que o consentimento é uma base que garantirá uma maior transparência, uma vez que esbarra em limitações de cunho cognitivo do titular, dentre outros fatores a serem aqui demonstrados, como formas de consentimento que são pouco transparentes (v.g. cláusulas em contratos de adesão e termos de uso, que raramente são lidos na íntegra).

3.5. Direitos dos titulares

Conforme aduz Goulart, “A disciplina de proteção de dados ao redor do mundo, sobretudo nos países europeus, adota um regime baseado na estipulação

⁷⁵ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

⁷⁶ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

de direitos básicos para os titulares de dados pessoais”⁷⁷ e complementa “Tal estipulação permite que os titulares assumam uma posição ativa diante dos agentes de tratamento, limitando a esfera de atuação desses sujeitos, de modo a coadunar com o princípio da autodeterminação informativa, com o livre desenvolvimento da personalidade humana e com a tutela da liberdade e a privacidade”⁷⁸. A violação aos direitos dos titulares ocorrerá, especialmente, quando a coleta não estiver amparada em uma hipótese legal apropriada e não forem disponibilizadas informações claras, precisas e facilmente acessíveis que confirmem ao titular a efetiva possibilidade de compreender e de controlar o uso de seus dados pessoais.⁷⁹

Vale ressaltar que tais direitos do titular deverão ser sempre exercidos em face do controlador, em detrimento do operador, conforme leciona a disposição prevista art. 18, LGPD⁸⁰. Trata-se de um rol exemplificativo e que garante ao titular

⁷⁷ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 217.

⁷⁸ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 218.

⁷⁹ LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

⁸⁰ “LGPD, art. 18: “O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

§ 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

a possibilidade de questionar e atuar ativamente na defesa de suas garantias e liberdades diante das ações dos agentes de tratamento.

Tendo em vista o contexto da entrega de publicidade digital direcionada, são os principais direitos previstos no rol do art. 18, LGPD: (i) confirmação da existência do tratamento e acesso aos dados, conforme previsto no art. 18, I, que se trata de uma consequência básica da própria autodeterminação informativa e do princípio da transparência, tendo em vista que nenhum agente de tratamento pode tratar dados pessoais de forma obscura, escondida⁸¹; (ii) Anonimização, bloqueio e eliminação, que se trata de direitos subjetivos relacionados à retirada de visibilidade de determinada informação⁸² e dependentes do direito de acesso e do princípio da transparência, de modo que o titular possa se cientificar e determinar quais dados são “desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a lei”, conforme previsto no art. 18, II; e (iii) no tocante às hipóteses autorizativas que dispensam consentimento, tal qual o legítimo interesse, é previsto no art. 18, §2º, a possibilidade de se opor ao tratamento no caso de descumprimento legal.

Ressalta-se que embora, em um primeiro momento, o uso do consentimento, com a possibilidade de revogação, prevista no art. 18, IX c/c §5º, LGPD, pareça trazer uma maior transparência e ciência para o titular, isso nem sempre é verdade, como ressaltado no tópico anterior e a ser destrinchado a frente. Ademais, ressalta-

§ 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá:

I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou
II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

§ 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

§ 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador.

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor.”

⁸¹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 224.

⁸² BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 227.

se que não se pode impedir o uso do legítimo interesse pelo mero receio da possibilidade abstrata de uma violação de um eventual direito do titular de dados exclusivamente por conta de um descumprimento que não ocorreria se a conduta fosse correta, independentemente da base legal escolhida. É necessária uma análise objetiva e aplicada ao caso concreto, em cada tratamento de dados para entender os eventuais impactos e preveni-los adequadamente.

3.6. Hipóteses autorizativas

Entre os pilares da LGPD, estão as hipóteses autorizativas/bases legais, que definem as situações fáticas em que os agentes de tratamento podem, legitimamente, realizar o tratamento de dados pessoais, proporcionando segurança jurídica e balizando as práticas de tais agentes em consonância com a lei. Compreender essas hipóteses é essencial para assegurar que o tratamento esteja em conformidade com a LGPD, promovendo a proteção dos direitos e princípios previstos no referido diploma legal. Trata-se, em virtude especialmente da garantia dos direitos dos titulares e do princípio da transparência, de um rol exaustivo.

Conforme aduzem Miragem e Madalena⁸³, “a delimitação das hipóteses legais resulta da relação que se reconhece entre a proteção de dados pessoais e os direitos fundamentais do seu titular, em especial, relacionando-os à proteção da vida privada e da intimidade, sem prejuízo de direitos de liberdade, tanto do controlador, quanto do titular e de terceiros. A licitude e regularidade do tratamento depende das hipóteses previstas na norma”. “A *contrario sensu*, a violação *ab initio* das hipóteses que autorizam o tratamento de dados, desde já lhe confere a qualificação de tratamento ilícito ou irregular, sujeitando o agente às sanções previstas em lei.”

São hipóteses autorizativas de tratamento de dados pessoais na LGPD, conforme rol do art. 7^o⁸⁴: (i) consentimento; (ii) cumprimento de obrigação legal ou

⁸³ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 68.

⁸⁴ LGPD, art. 7^o: “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

regulatória pelo controlador; (iii) pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres; (iv) para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; (v) quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; (vi) para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; (vii) para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (viii) para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (ix) quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou (x) para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente. No entanto, considerando o âmbito da publicidade digital direcionada, opta-se por se debruçar apenas em duas destas bases legais: o consentimento e o legítimo interesse, até por conta de seu constante embate.

Tendo em vista o princípio da autodeterminação informativa, o consentimento tem ganhado grande destaque nas legislações de proteção de dados ao redor do mundo, tendo em vista que permite uma atuação mais ativa do titular de dados, a partir da manifestação de sua vontade, que deverá ser livre, específica, inequívoca

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.”

e informada (art. 5º, XII, LGPD⁸⁵). Nas lições de Madalena e Miragem⁸⁶, “o consentimento é expressão de longa tradição no direito privado, e compreende a manifestação de vontade, geralmente associada à submissão da esfera jurídica daquele que declara ou exprime a efeitos e repercussões de ação, estado ou atividade exterior”.

Em uma primeira análise, por haver manifestação de vontade, o consentimento é tido como a mais “democrática” das bases legais. No entanto, conforme já abordado, além de não haver qualquer hierarquia entre as bases legais, o consentimento apresenta alguns pontos de atenção a serem aqui enfrentados.

Tal base legal é mais suscetível a fraudes e é necessário um grande investimento de tempo e dinheiro para implementar os fluxos e políticas necessários à configuração e averiguação da equivocidade do consentimento dado pelo titular de dados. Além disso num contexto de *big data*, em que há um grande volume de dados sendo tratado ao mesmo tempo, seria quase impossível verificar o cumprimento de todos os requisitos legais, quais sejam, a manifestação livre, informada e inequívoca.

Ainda, a referida equivocidade do consentimento se torna extremamente questionável quando estamos falando de serviços que condicionam sua própria disponibilidade ao tratamento de dados, em um modelo “*take it or leave*”.⁸⁷ Por não ter alternativa, o titular simplesmente aceita o tratamento para que possa continuar no seu objetivo primordial.

Usando novamente o exemplo dos *cookies*, é de se ressaltar que o uso do consentimento raramente garantirá a autodeterminação informativa. Ao contrário, tendo em vista a enxurrada de solicitações para consentir com o uso de *cookies*, ao

⁸⁵ LGPD, art. 5º: “Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;”

⁸⁶ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 70.

⁸⁷ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 71.

entrar em cada página da internet, o titular de dados, importunado por tal situação, passa a aceitar ou simplesmente rejeitar o tratamento na íntegra, de maneira automática, sem exercer qualquer tipo de juízo de valor sobre aquele aceite/recusa, perdendo, muitas vezes, benefícios decorrentes destes fluxos, em virtude do verdadeiro desgaste gerado em sua jornada digital.

Além disso, faz-se mister dissertar acerca das eventuais limitações cognitivas do titular de dados em relação às características do tratamento e de sua própria capacidade de dispor de sua realização⁸⁸. Na realidade prática, é realmente improvável obter um consentimento livre, inequívoco e informado. Considerando as dinâmicas atuais dos serviços digitais, não é de se estranhar que o consentimento não esteja destacado, mas embutido em algum termo de uso, que poucos se dignam a ler a fundo e acabam por ignorar. Ademais, a própria compreensão da extensão, detalhes e impactos do tratamento de dados fica comprometida, dado os problemas de transparência já levantados nos tópicos competentes e o próprio entendimento limitado da sociedade como um todo de um fenômeno tão complexo.

Por outro lado, o legítimo interesse surge como uma hipótese de significado aberto e que depende de uma interpretação e aplicação cuidadosas por parte do agente de tratamento. Trata-se de um conceito que encontra previsão no art. 7º, IX, LGPD e art. 10⁸⁹, também da LGPD, e suscita questões sobre seu alcance e legitimidade para uso em diferentes situações concretas. Conforme aduzem

⁸⁸ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 71.

⁸⁹ LGPD, art. 10: "O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a:

I - apoio e promoção de atividades do controlador; e

II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.

§ 1º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

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

§ 3º A autoridade nacional poderá solicitar ao controlador relatório de impacto à proteção de dados pessoais, quando o tratamento tiver como fundamento seu interesse legítimo, observados os segredos comercial e industrial."

Madalena e Miragem⁹⁰, “são conhecidas as críticas à hipótese legal do legítimo interesse, em especial por sua invocação afastar-se do princípio da autodeterminação informativa ou na orientação legislativa de proteção dos dados, em favor do exame do tratamento realizado pelo controlador”. Por muitas vezes, passa-se a sensação de que o legítimo interesse seria uma “carta branca” a permitir que os agentes de tratamento burlassem a LGPD.

Ocorre que tais críticas, com a devida vênia carecem de maior fundamentação, vez que o legítimo interesse, além de ser uma base legal válida e consagrada no ordenamento jurídico, é plenamente aplicável ao contexto da entrega de publicidade digital direcionada, conforme restará demonstrado no capítulo a seguir.

⁹⁰ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 84.

4. A LEGALIDADE DO LEGÍTIMO INTERESSE PARA FINS DE ENTREGA DE PUBLICIDADE DIGITAL DIRECIONADA

4.1. Observações precípuas

O legítimo interesse é, sem dúvidas, a base legal mais abrangente da Lei Geral de Proteção de Dados e uma das mais importantes, vez que traz a flexibilidade necessária a um panorama extremamente complexo e intrincado que é o mundo digital e o respectivo uso de dados pessoais.

Em primeiro lugar, conforme previsto nos arts. 7º, IX e art. 10, LGPD, faz-se mister ressaltar que estamos falando do interesse legítimo do controlador ou de terceiros, o que pode incluir interesses comerciais/econômicos, da coletividade etc. No entanto, quais os critérios para considerar um interesse legítimo? Em que situações específicas é possível o uso do legítimo interesse como hipótese autorizativa do tratamento de dados pessoais? Essas são apenas algumas perguntas, das muitas, que são levantadas pelo uso de referida base legal.

Doutrinadores e autoridades vêm tecendo fortes críticas à legalidade do uso do legítimo interesse no contexto da entrega de publicidade digital direcionada, sendo certo que a maioria delas se baseia na redução da atuação direta e mais ativa do titular de dados no momento “inicial” do tratamento de dados pessoais, tendo em vista se tratar de hipótese autorizativa que dispensa o consentimento. Assim, sua invocação se afastaria do princípio da autodeterminação informativa e/ou da orientação legislativa de proteção do titular de dados, em favor do exame do tratamento realizado pelo controlador⁹¹, o que seria a causa de um ferimento frontal ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade, bem como de uma menor transparência do tratamento em comparação com o consentimento, a “*queridinha*” das hipóteses autorizativas, permitindo uma “larga e extensa oportunidade para o controlador de dados afastar-se das demais hipóteses que delimitam a licitude do

⁹¹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 85.

tratamento de dados”⁹².

Ocorre que o consentimento, conforme já amplamente vergastado no tópico anterior, apresenta diversos problemas, sendo certo que a teoria de maior transparência e atuação do titular de dados no controle de seus dados diverge, e muito, da prática. Todavia, tampouco o legítimo interesse será sempre a base adequada para o tratamento de dados pessoais. Tal conclusão certamente dependerá da realização de uma análise minuciosa que pondere os interesses do controlador de dados e de terceiros, os impactos mercadológicos e os impactos sobre os direitos fundamentais do titular de dados, bem como as legítimas expectativas do titular de dados. Ora, a identificação da legalidade do legítimo interesse, conforme pontuada, “não se dá em abstrato, devendo ser analisada a parte de casos concretos”⁹³, sendo necessária a realização de um teste de balanceamento.

4.2. Teste de balanceamento

O teste de balanceamento sobre o legítimo interesse (conhecido na legislação europeia como *legitimate interests assessment* – LIA), não é previsto expressamente na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no entanto, pode ser extraído de diversos dispositivos desta, dada a similaridade entre a lei brasileira e a europeia. O uso do legítimo interesse partirá do pressuposto da existência de um “equilíbrio aceitável” entre os direitos do titular de dados, em especial seus direitos fundamentais, e os interesses do controlador ou de terceiros.

A primeira etapa do teste (tendo como fundamento os arts. 7º, IX c/c art. 10, LGPD) consiste na identificação, por parte do controlador, da legitimidade do interesse em si⁹⁴, ou seja, parte da identificação de eventuais descumprimentos

⁹² BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 84.

⁹³ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 87.

⁹⁴ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 118.

legais, em especial dos “direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”, nos termos do art. 7, IX, LGPD, de modo a não implicar em dano para o referido titular. Dependendo o tratamento, por óbvio, da conduta correta do controlador e de seus respectivos operadores durante o tratamento dos dados pessoais, e garantindo o respeito aos fundamentos da LGPD e aos direitos dos titulares na maior extensão possível, não há o que se falar em descumprimento legal pelo uso da referida base legal.

Isso porque, conforme ressaltado, não se pode impedir o uso do legítimo interesse pelo mero receio da possibilidade abstrata de uma violação de um eventual direito do titular de dados exclusivamente por conta de um descumprimento que não ocorreria se a conduta fosse correta, independentemente da base legal escolhida. Caso contrário, será inevitável o engessamento da sociedade e do mercado por conta de legislações demasiadamente rígidas. É necessária uma análise objetiva e aplicada ao caso concreto, em cada tratamento de dados para entender eventuais descumprimentos e preveni-los mediante a devida adequação das empresas à legislação e a devida fiscalização e penalização dos agentes de tratamento por parte das autoridades. Ainda mais, considerando que é garantido aos titulares de dados, o direito de oposição ao tratamento de dados pessoais baseado no legítimo interesse, no caso de descumprimento legal por parte dos agentes de tratamento, nos termos do art. 18, §2º, LGPD.

Trazendo a necessária concretude ao tema, não há uma violação expressa aos direitos garantidos aos titulares de dados se o tratamento de dados para entrega de publicidade digital direcionada for feito mediante os caros princípios e normas da LGPD, conforme amplamente debatidos nos tópicos anteriores. O que, de fato, ocorre é uma flexibilização dos direitos à inviolabilidade da vida privada e da intimidade do titular de dados, quando postos na “balança” com outros princípios e fundamentos igualmente caros, como o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a livre concorrência, situação esta presente em qualquer tratamento legítimo, independentemente da base legal usada. Ora, a publicidade digital direcionada encontra respaldo nos fundamentos da LGPD, em seu art. 2º, como o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; e a a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, pois conforme vimos no capítulo adequado,

trata-se de instrumento indispensável ao crescimento econômico de qualquer empresa, à livre concorrência, e ao desenvolvimento de um ambiente mais democrático de disputa por *marketshare* entre as empresas.

E, mais uma vez, frisa-se que tal flexibilização é plenamente possível, tendo em vista que até mesmo os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser flexibilizados no caso concreto, conforme entendimento sedimentado do STF. E pontua-se: na realidade, conforme restará demonstrado adiante, o titular de dados, diante da entrega de publicidade digital direcionada, tem mais bônus do que ônus.

Além disso, há de se ressaltar que a própria LGPD menciona no art. 10, I, a possibilidade do uso do legítimo interesse para fundamentar o tratamento de dados no caso de “apoio e promoção de atividades do controlador”. Ora, entende o autor do presente trabalho que a publicidade digital direcionada estaria plenamente abarcada neste dispositivo, possuindo seu devido fundamento legal. E, nem precisaria desta disposição expressa, tendo em vista que a publicidade digital já se tornou uma imposição no mercado atual orientado a dados, constituindo a sobrevivência dos negócios um motivo plenamente legítimo para o tratamento.

Em um segundo passo do teste de balanceamento (tendo como base os arts. 7º, IX e art. 10, §1º, LGPD), e de acordo com o princípio da necessidade, faz-se imperioso considerar se os dados coletados são indispensáveis para a finalidade do tratamento de dados e se o tratamento não seria mais adequado sob uma outra hipótese autorizativa.⁹⁵ No contexto da entrega de publicidade digital direcionada, de fato, pôde-se, pelas argumentações acima aduzidas, notar que a mesma, além de ter se tornado um baluarte da economia moderna, não pode ser operacionalizada sem o devido tratamento de dados pessoais.

Também pudemos notar que além do consentimento, cujas devidas críticas já foram tecidas, não há outra hipótese autorizativa que fundamente o contexto da entrega de publicidade digital direcionada, a não ser o legítimo interesse que,

⁹⁵ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 118.

evidentemente, num contexto de *big data* – em virtude da já citada dificuldade de se atender a todos os critérios de um consentimento válido, quando estamos falando de conjuntos massivos de dados – é a mais adequada base legal ao referido âmbito, se utilizado da maneira correta. O legítimo interesse traz o equilíbrio necessário, de modo a tratar os dados dos titulares de maneira lícita e correta, sem gerar inúmeras solicitações de consentimento desnecessárias.

Logo, adentrando a etapa mais importante do teste de balanceamento, está o teste de proporcionalidade⁹⁶, no qual sopesar-se-á os interesses dos titulares de dados e os interesses do controlador, bem como verificar-se-á se o respectivo tratamento atende às legítimas expectativas do titular de dados, devendo o controlador se certificar de que o tratamento realizado poderia ter sido razoavelmente previsto pelo titular.

Todavia, ressalta-se que não há qualquer menção à obrigatoriedade do uso das legítimas expectativas do titular no teste de proporcionalidade para avaliação da legalidade do legítimo interesse. Em verdade, apesar de extremamente importante, representa apenas um dos múltiplos elementos que devem ser ponderados na referida avaliação. Até porque se fosse um requisito indispensável, o atual modelo econômico, fortemente consolidado e baseado em dados, seria significativamente abalado, tornando-se insustentável, mediante a mera alegação de qualquer titular não tinha como prever o respectivo tratamento. E convenhamos, é de se esperar que, havendo a transparência necessária, a entrega de publicidade digital direcionada, uma vez que já tanto falada e disseminada no senso comum, esteja dentro das expectativas do titular em relação ao tratamento realizado, ainda que este não compreenda a fundo suas minúcias.

Avaliando os interesses de cada parte, pode-se observar que do lado do controlador há um nítido interesse de buscar novos clientes – o que justificaria inclusive o tratamento de dados pessoais de não clientes, como no *retargeting* – bem como de melhorar o relacionamento e as vendas com sua atual base de

⁹⁶ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 119.

clientes, o que é somente alcançável mediante o uso da devida publicidade.⁹⁷ Faz total sentido, ainda, que o controlador/empresa anunciante queira segmentar a sua oferta, de modo a atingir clientes mais interessados e obter resultados mais eficientes, aliando um menor custo publicitário a uma maior conversão de *leads*. Por óbvio, tal tratamento, conforme exposto no primeiro passo do teste de balanceamento, deve obedecer a legislação aplicável, sendo certo que, em caso de abusos, deverão estas situações ser analisadas no caso concreto, evitando a descaracterização da legalidade do uso do legítimo interesse de pronto.

Além disso, frisa-se que muitos serviços dependem diretamente da entrega de publicidade digital, especialmente da direcionada, para que permaneçam sendo gratuitos. É o caso da maioria das redes sociais, que formam grande parte, senão toda, de sua receita, com base na venda de espaço publicitário em suas plataformas. Assim, uma eventual redução do escopo de tratamento de dados gera menos relevância nos anúncios, menores conversões, menor retorno financeiro ao anunciante e respectivo risco às suas atividades econômicas e às atividades econômicas destes *players*, resultando, em última instância, em um atentado ao desenvolvimento econômico e à livre concorrência, o que cobra um preço muito maior frente aos poucos impactos na seara da privacidade do consumidor. Além disso, sob o ponto de vista do titular de dados/consumidor, haveria uma significativa redução de oferta de produtos/serviços gratuitos o que, no fim da linha, prejudica-o mais do que o próprio tratamento de dados, que hoje possibilita a oferta gratuita.

A verdade é que o uso do legítimo interesse consegue trazer uma maior fluidez e segurança ao mercado, tendo em vista que não se depende do consentimento (e ainda mais do consentimento livre, informado e inequívoco) do titular, sendo certo que o tratamento de dados continua resguardado pelas mesmas garantias legais.

Ainda sobre os interesses do controlador, a GDPR, em seu Considerando 47,

⁹⁷ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 121.

alínea ii⁹⁸, afirma que o legítimo interesse resta configurado “quando existir uma relação relevante e apropriada entre o titular de dados e o responsável pelo tratamento em situações como aquela em que o titular dos dados é cliente ou está ao serviço do responsável pelo tratamento.”⁹⁹

Já adentrando a esfera dos interesses do titular de dados, *a priori*, cumpre ratificar que o devido tratamento de dados sob o manto do legítimo interesse não gera impactos concretos nos direitos fundamentais, uma vez que apenas flexibiliza tais direitos – assim como as demais bases legais – sem que haja um esgotamento destes, o que é plenamente possível pela experiência jurisprudencial e doutrinária pátria, conforme já aduzido.

No mais, por mais que pareça que os titulares de dados pudessem se sentir invadidos pela coleta e uso de seus dados pessoais, sem seu consentimento expresso, a verdade é que a publicidade digital sempre existiu, o tratamento de dados para esse propósito sempre existiu, a diferença é que agora o titular de dados/consumidor tem a segurança de que seus dados serão usados para que receba um conteúdo mais relevante e menos genérico, possibilitando real benefícios que antes não existiam, por exemplo, mediante o conhecimento de uma nova marca de um produto que está no seu *range* de interesses e a maior variedade de produtos e serviços gratuitos ou por preços menores.

O crescimento da internet e o amplo acesso à mesma no cenário atual, especialmente com a difusão das redes sociais, importa em uma produção e consumo de conteúdo constante, de modo que a publicidade deve ser extremamente interessante para que consiga prender a atenção do consumidor. A realização da publicidade digital direcionada não é proibida e permite que as pessoas percebam o valor da personalização, viabilizando a decisão econômica dos titulares de dados que são consumidores, estimulando a demanda, aumentando a concorrência etc. Portanto, há uma baixíssima relevância da publicidade para o

⁹⁸ Disponível em <https://gdpr-text.com/pt/read/recital-47/>. Acesso em 20 out. 2023.

⁹⁹ BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 121.

consumidor quando não há o tratamento de dados pessoais. Tais alegações não são meras suposições, uma vez que traduzidas em números: acima de 75% dos consumidores preferem receber anúncios relevantes a anúncios genéricos¹⁰⁰, 85% dos profissionais de publicidade acreditam que campanhas de marketing digital direcionado são mais efetivas e, portanto, agregam mais valor ao negócio¹⁰¹.

Ou seja, “a publicidade direcionada é mais eficiente, fazendo com que os interessados vejam conteúdo mais apropriado com suas características de consumo e, ao mesmo tempo, pagando menos por isso”¹⁰². Inclusive, a ausência do direcionamento de publicidade já foi capaz de demonstrar na Europa, que os “*banner ads*” tiveram uma queda significativa de 65% em sua efetividade, com a promulgação da GDPR, em termos de alteração da intenção de compra a partir do impacto gerado pela referida publicidade, sendo certo que tal alteração não foi observada em outros países que não tinham a devida regulamentação de dados.¹⁰³

Rememora-se, ainda, que não só os interesses do titular devem ser ponderados no teste de proporcionalidade, havendo os interesses de terceiros e, especialmente da sociedade como um todo. Neste diapasão, como pontuado anteriormente e ratificado aqui, a publicidade direcionada se tornou uma imposição dentro dos modelos de negócio atuais, de modo que os impactos em seu âmbito refletem na economia que, por sua vez, geram fortes impactos na geração de emprego e renda para a população, sendo, portanto, e nitidamente, um interesse da coletividade.

A contrario sensu, a regulamentação do tratamento de dados pessoais no âmbito da entrega de publicidade digital customizada – ainda que extremamente

¹⁰⁰ CASTILLO, Lorena. Digital Marketing Vs Traditional Marketing Statistics [Fresh Research]. Gitnux, 04 out. 2023. Disponível em: <https://blog.gitnux.com/digital-marketing-vs-traditional-marketing-statistics/>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁰¹ CASTILLO, Lorena. Digital Marketing Vs Traditional Marketing Statistics [Fresh Research]. Gitnux, 04 out. 2023. Disponível em: <https://blog.gitnux.com/digital-marketing-vs-traditional-marketing-statistics/>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁰² CRESPO, Marcelo. A Publicidade Digital e a LGPD: *Insights* sobre o Modelo de Negócios e como Proteger os Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 6, p. 152

¹⁰³ GOLDFARB, Avi e TUCKER, Catherine E. Privacy Regulation and Online Advertising. In: Management Science. Maryland, EUA: Informs, 2011. p. 57. Tradução nossa.

necessária – gera impactos negativos na economia digital, como podemos perceber pelo declínio em 11.7% das visualizações das páginas de *e-commerces* e na queda em 13.3% dos lucros destes mesmos *e-commerces* após a implementação da GDPR na Europa. Ademais, percebe-se que o impacto é significativamente maior (aproximadamente na ordem de 10% de diferença) entre os grandes e pequenos sites de *e-commerce*.¹⁰⁴ Assim, notamos que além da desaceleração do mercado como resultado da regulamentação do tratamento de dados no âmbito da publicidade digital direcionada, há também uma redução da positiva democratização gerada pela publicidade digital na disputa por *marketshare* entre pequenas e grandes empresas.

Percebe-se que o grande desafio das autoridades legislativas é exatamente criar e adequar as legislações de proteção de dados pessoais que protejam os direitos dos titulares de dados sem engessar demasiadamente o mercado, de modo que tanto os consumidores, quanto a sociedade, possam desfrutar o máximo possível dos múltiplos benefícios que podem ser atingidos mediante o tratamento de dados pessoais¹⁰⁵. Destarte, o legítimo interesse funciona exatamente como o equalizador necessário para que se realize o devido *trade-off* entre tais direitos e o atingimento de um mundo digital mais amplo, democrático e relevante.

Dessa forma, analisando criticamente todas as fases do teste de balanceamento, é possível observar que o uso do legítimo interesse para a entrega de publicidade digital direcionada é plenamente legal, haja vista que, além de não representar um ferimento efetivo e concreto dos direitos dos titulares de dados, apresenta inúmeros benefícios, não só para o controlador, mas para a sociedade como um todo e para o próprio titular de dados. Destarte, é nítido que tais benefícios certamente apresentam um valor muito maior do que o pouquíssimo prejuízo gerado pela flexibilização dos direitos dos titulares de dados – se o tratamento, por óbvio, for realizado na maneira que manda a lei – sendo certo, portanto, que não há o que

¹⁰⁴ GOLDBERG, Samuel G., JOHNSON, Garrett A., SHRIVER, Scott. Regulating Privacy Online: An Economic Evaluation of the GDPR. University Scalia Law School Research Paper Series No. 22-025, 16 nov. 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3421731. Acesso em: 23 out. 2023

¹⁰⁵ KE, T. Tony, SUDHIR, K. Privacy Rights and Data Security: GDPR and Personal Data Markets. 5 jul. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3643979. Acesso em: 23 out. 2023.

se falar em qualquer tipo de ilegalidade no uso do legítimo interesse para tal fim.

4.3. Possíveis soluções

Ainda que o presente trabalho postule pela legalidade do uso do legítimo interesse para a entrega de publicidade digital direcionada, é cediço que há diversas questões levantadas que devem ser devidamente endereçadas. Não se pode simplesmente “fazer vista grossa” para a maneira que vem sendo conduzido o tratamento de dados pessoais como um todo na internet.

No entanto, conforme já vergastado entende-se aqui que a crítica serve para o tratamento de dados como um todo e não para uma ou outra hipótese autorizativa específica, devendo tal crítica ser direcionada especialmente à falta de transparência dos controladores. Não obstante não faça sentido deslegitimar uma base legal manifestamente legítima sob este viés, é necessário que as empresas passem a se movimentar para dar ampla visibilidade aos usuários sobre o funcionamento da publicidade digital direcionada e exatamente quais dados serão coletados, garantindo fácil acesso e fruição de seus direitos precípuos. Uma ótima iniciativa para concretizar tal atuação é a garantia e a facilitação da opção de *opt-out*, por parte do titular de dados pessoais, sendo certo que quando tal usuário comunicar que não deseja mais ser impactado por aquela publicidade, o controlador deverá fazer cessar o tratamento, porque dificilmente prevalecerá o legítimo interesse nesse caso.

É de suma importância que as empresas esclareçam aos titulares sobre o *trade-off* envolvido e as respectivas vantagens e perdas inerentes ao processo, de modo a trazer uma maior ciência e controle, por parte destes titulares, de seus direitos e do próprio tratamento, em linha com o princípio da autodeterminação normativa. Assim, a atividade passa a ser “menos obscura e mais natural a todos, trazendo vantagens recíprocas: aos titulares, a compreensão e o empoderamento sobre seus dados (exercícios dos direitos previstos na LGPD) e às empresas da cadeia de publicidade, a confiança dos titulares e sua anuência com um modelo de negócios, que fomentará a economia digital. Caso não se movimentem nesse sentido é possível que haja forças que busquem restringir o uso de dados pessoais

para a publicidade direcionada”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ CRESPO, Marcelo. A Publicidade Digital e a LGPD: *Insights* sobre o Modelo de Negócios e como Proteger os Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 6, p. 166.

5. CONCLUSÃO

A publicidade digital direcionada é uma realidade indubitável no contexto de modelos de negócio *data driven* e o tratamento de dados associado a ela tem levantado críticas substanciais, em especial sobre a legalidade da hipótese autorizativa do legítimo interesse voltado a tal uso. Isso porque, teoricamente, tal base legal afastaria o titular de dados pessoais do exercício de seus direitos, uma vez que não baseado integralmente no princípio da autodeterminação informativa.

No entanto, com a devida vênia, entende-se que tais críticas não merecem prosperar, ainda mais se comparado às demais hipóteses autorizativas cabíveis para o referido contexto. O legítimo interesse, assim como qualquer outra base legal, não pode ser considerado, por si só, uma base legal ilegítima para certa situação, sem que se avalie, no caso concreto, os impactos na seara individual dos direitos do titular de dados do referido uso e os impactos nos demais direitos garantidos pela LGPD.

A LGPD, por se tratar de uma lei principiológica e programática, não estabelece em que situações específicas o legítimo interesse é válido ou não, mas é possível extrair por seus dispositivos uma maneira de avaliá-lo no caso concreto. Dessa forma, mediante o teste do balanceamento, foi possível verificar que, efetivamente, o legítimo interesse, se usado corretamente, no contexto da entrega de publicidade, não descumpra a legislação, se encontra adequado ao trinômio finalidade, necessidade e adequação, bem como atinge o balanceamento adequado de interesses no teste de proporcionalidade.

Dessa maneira, o uso do legítimo interesse no contexto da entrega de publicidade digital direcionada passa a ganhar formas mais robustas, a ponto de se poder afirmar, com convicção, que seu uso nesta seara é manifestamente legal, estando em total consonância com os princípios e normas estabelecidas pela LGPD, desde que mediante uma atuação correta por parte do controlador de dados e de todos os agentes de tratamento envolvidos na cadeia publicitária.

Acredita-se que, embora haja uma tendência – considerando a experiência

européia e brasileira – de que a ANPD venha a editar uma resolução no sentido da proibição do uso do legítimo interesse para o tratamento de dados pessoais associados à entrega de publicidade digital direcionada, por conta de uma interpretação mais restrita da LGPD, isso não deveria acontecer, uma vez que na prática os “danos” causados ao titular de dados são infinitamente menores do que os que serão causados ao desenvolvimento econômico e a livre concorrência, os quais restarão gravemente engessados, com uma eventual proibição, resultando em graves impactos na economia e para o próprio titular de dados.

Entende-se que o foco da ANPD, neste momento, deveria se direcionar não para a legalidade do legítimo interesse, mas para tornar, mediante a fiscalização, educação e penalização dos agentes de tratamento, o tratamento de dados pessoais mais limpo, esclarecido, aberto e garantidor para os titulares de dados, garantindo na prática, o exercício de cada um de seus direitos inegociáveis, sem que se perca de vista os demais interesses da coletividade, notadamente em desenvolver uma economia digital que permaneça crescendo de maneira harmônica com a normatividade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VAINZOF, Rony. Dados pessoais, tratamento e princípios. In: BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nóbrega (Coord.). Comentários ao GDPR: regulamento geral de proteção de dados da União Europeia. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. P.50-71

CONCEIÇÃO, Luís Felipe Marques dos Santos. A importância do business intelligence na tomada de decisão. Pedrouços: Instituto Universitário Militar (Portugal), 2020. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.26/33092>. Acesso em 12 de outubro de 2023.

GUERRA, Gustavo Rabay e NÓBREGA, Juliana Targino. Privacidade de Dados e Business Intelligence nas Redes Sociais: Profiling como Ato Lesivo à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 7, p. 179

SOUZA, Luiz Paulo. Brasil tem mais smartphones do que habitantes, aponta levantamento. Veja, 27 abr. 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/brasil-tem-mais-smartphones-do-que-habitantes-aponta-levantamento>. Acesso em: 12 outubro. 2023.

NEIVA, Anna Carolina. Brasil tem mais smartphones do que habitantes, aponta levantamento. Veja, 30 ago. 2023. Disponível em: <https://edrone.me/pt/blog/dados-ecommerce-brasil>. Acesso em: 18 outubro. 2023.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. Marketing 3.0: as forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 34 a 37.

DIAS, L. A. L. D. M. Publicidade e Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 29, 42 a 44, 46, 63, 70, 506.

DU PIN, Shyrlei Guitério Calmon. A publicidade na sociedade da informação. O despertar de novos formatos e linguagens. In: Trabalho apresentado ao GT de História da Publicidade e da Comunicação Institucional, integrante do 10º Encontro Nacional de História da Mídia. Rio de Janeiro, 2015. p.12.

HESTERBERG, Karla. A Brief History of Online Advertising. HubSpot, 29 nov. 2021. Disponível em: <https://blog.hubspot.com/marketing/history-of-online-advertising>. Acesso em: 12 out. 2023.

CASTILLO, Lorena. Digital Marketing Vs Traditional Marketing Statistics [Fresh Research]. Gitnux, 04 out. 2023. Disponível em: <https://blog.gitnux.com/digital-marketing-vs-traditional-marketing-statistics/>. Acesso em: 12 out. 2023.

CRAMER-FLOOD, Ethan. <https://www.insiderintelligence.com/content/worldwide-ad-spending-update-2023>. Insider Intelligence, 04 out. 2023. Disponível em <https://www.insiderintelligence.com/content/worldwide-ad-spending-update-2023>. Acesso em: 12 out. 2023.

Pasqualotto, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1997, p. 28-29.

LEE, Sangwoo. A study on consent of the GDPR in advertising technology focusing on programmatic buying. 26 abr. 2023. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3616651. Acesso em 13 out. 2023. Tradução nossa.

CRESPO, Marcelo. A Publicidade Digital e a LGPD: Insights sobre o Modelo de Negócios e como Proteger os Dados Pessoais. In: DE LIMA, Ana Paula Moraes Canto; Crespo, Marcelo; Pinheiro; Patrícia Peck. LGPD Aplicada. 2ª Ed. Barueri: Atlas, 2022. Cap. 6, p. 147, 151, 152, 166.

BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.82.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.248.

BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. Nota de apresentação p. 1, 3, 10, 11, 15, 38, 39, 59 a 62, 68, 70, 71, 84, 85, 87, 73, 118, 119, 121, 150, 151, 217, 218, 227, 365, 366.

MARTINS, Amanda. O que é Big Data? Canal Tech, 06 abr. 2015. Disponível em: <https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/>. Acesso em 15 out. 2023.

LOPES, Alexandra Krastins, VARGAS, Andressa Giroto, DE OLIVEIRA, Davi Téofilo Nunes, MAIOLINO, Isabela, BARBOSA, Jeferson Dias, DE CARVALHO, Lucas Borges, GUEDES, Marcelo Santiago, MORAES, Thiago. Guia orientativo: Cookies e Proteção de Dados Pessoais. 1ª versão. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em 13 out. 2023.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 9. In: BONNA, Alexandre Pereira... [et. Al.]; coordenado por Guilherme Magalhães Martins, João Victor Rozatti Longhi e José Luiz de Mouras Faleiros Júnior. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Indaiatuba: Editora Foco, 2022. p. 365.

MARIA, Isabela e PICOLO, Cynthia. Autodeterminação Informativa: como esse direito surgiu e como ele me afeta? LAPIN, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://lapin.org.br/2021/04/27/autodeterminacao-informativa-como-esse-direito-surgiu-e-como-ele-me-afeta/>. Acesso em 15 de outubro de 2023.

STF - RE: 1292275 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 03/05/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/05/2023.

CASTILLO, Lorena. Digital Marketing Vs Traditional Marketing Statistics [Fresh Research]. Gitnux, 04 out. 2023. Disponível em: <https://blog.gitnux.com/digital-marketing-vs-traditional-marketing-statistics/>. Acesso em: 12 out. 2023.

GOLDFARB, Avi e TUCKER, Catherine E. Privacy Regulation and Online Advertising. In: Management Science. Maryland, EUA: Informs, 2011. p. 57. Tradução nossa.

GOLDBERG, Samuel G., JOHNSON, Garrett A., SHRIVER, Scott. Regulating Privacy Online: An Economic Evaluation of the GDPR. University Scalia Law School Research Paper Series No. 22-025, 16 nov. 2022. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3421731. Acesso em: 23 out. 2023.

KE, T. Tony, SUDHIR, K. Privacy Rights and Data Security: GDPR and Personal Data Markets. 5 jul. 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3643979. Acesso em: 23 out. 2023.