

ARTIGOS ACEITOS PARA PUBLICAÇÃO
DIREITO DIGITAL E SETOR PÚBLICO - 2020.2

ITS RIO

Pós-Graduação em Direito Digital

CEPED



ITS

O MARKETING DIRECIONADO DOS DATA BROKERS EM FACE DO ADVENTO DA LGPD: ESTUDO SOBRE A BASE LEGAL APLICÁVEL

Bruna Luzes Costa Rodrigues

O MARKETING DIRECIONADO DOS *DATA BROKERS* EM FACE DO ADVENTO DA LGPD: ESTUDO SOBRE A BASE LEGAL APLICÁVEL¹

BRUNA LUZES COSTA RODRIGUES

DISCIPLINA RELACIONADA: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

1. INTRODUÇÃO E CONTEXTO

O presente artigo se propõe a investigar se o tratamento de dados pessoais realizado pelos *data brokers* (corretoras de dados), no que se refere à publicidade e marketing direcionados possuiriam sustentação legal após a entrada em vigor da Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil.

A partir de revisão bibliográfica, análise da lei e estudo de caso envolvendo recente decisão judicial brasileira, buscou-se compreender um pouco mais da atividade exercida por esse setor e, por conseguinte, verificar se os princípios e fundamentos legais de proteção à privacidade e proteção de dados estão sendo atendidos.

Os *data brokers*, apesar de constituírem uma indústria que movimenta milhões de dólares por ano em receitas², ainda são pouco conhecidos pela maioria das pessoas. Mesmo dentre os que sabem de sua existência, ainda não há um conhecimento adequado sobre como operam (quais dados coletam, o que fazem com os dados e para qual finalidade os utilizam)³. Por ter um grande número de atores envolvidos neste meio e possuir um fluxo informacional abundante, é bastante desafiador para os legisladores regularem tal atividade⁴.

¹ Artigo científico apresentado como trabalho acadêmico como parte das exigências para aprovação referente ao 2º semestre no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Digital, ITS-RJ/UERJ.

² FEDERAL TRADE COMMISSION. *Data Brokers: A call for transparency and Accountability*. May 2014. p. 23. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>, Acesso em: 25 de nov. de 2020.

³ FEDERAL TRADE COMMISSION. op. cit., p.3.

⁴ BIONI, Bruno R. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. p. 29. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Entretanto, em alguns lugares do mundo, já há regulações de proteção de dados pessoais e que, portanto, começam a impactar as atividades dessa indústria. Este é o caso do *General Data Protection Regulation* – GDPR, em vigor desde maio de 2018 na União Europeia, e, da LGPD, em vigor desde setembro de 2020 no Brasil.

Tendo em vista a influência do GDPR na confecção da LGPD brasileira⁵, nos casos em que se mostra difícil a regulação de uma atividade ou que ainda não tenha um posicionamento consolidado sobre como proceder por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD e nem precedentes judiciais, recomenda-se fazer uma interpretação considerando a intenção para a qual a legislação brasileira foi criada, bem como suas bases históricas⁶. Ademais, é importante considerar as opiniões das autoridades nacionais estrangeiras⁷ e suas diretrizes para entender como agir, dependendo da situação.

Neste artigo, que não possui a intenção de esgotar o tema, vamos nos ater ao tratamento dos dados pessoais genericamente considerados. Portanto, não serão abordadas as implicações específicas relacionadas ao tratamento de dados sensíveis, de dados de crianças e adolescentes, a transferência internacional de dados ou mesmo a responsabilidade dos *data brokers* em caso de danos ao titular dos dados.

2. O QUE SÃO OS *DATA BROKERS* E COMO ATUAM

Os *data brokers* são organizações que coletam e processam dados pessoais oriundos de diferentes fontes, com o objetivo de vender e revender para empresas com os mais diversos interesses⁸. Atuam em áreas variadas, incluindo (i) marketing e publicidade direcionada, (ii) combate a fraudes e mitigação de riscos e (iii) busca de pessoas.

⁵ SOUZA, Carlos A.; MAGRANI, Eduardo; CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais. p.44. In: A LGPD e o novo marco normativo no Brasil. Organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipelago, 2020.

⁶ LEONARDI, Marcel. Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado. p. 81. Caderno Especial LGPD. P.71-85. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019.

⁷ Neste sentido, podemos citar *Information Commissioner's Office – ICO* do Reino Unido e *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés – CNIL* da França como duas autoridades de destaque internacional.

⁸ BIONI, Bruno R.; RIBEIRO, Marcio M. A transposição da dicotomia entre o Público e o Privado, publicado no JOTA em 25/09/2015. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-transposicao-da-dicotomia-entre-o-publico-e-o-privado-25092015 Acesso em: 25 de nov. de 2020.

Em 2014, a *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos (FTC) publicou um relatório mapeando a indústria de dados e o papel dos *data brokers* dentro desta indústria⁹. O documento revelou alguns achados importantes para esclarecer a forma como tais agentes atuam dentro da chamada economia baseada em dados (*data-driven economy*), quais sejam¹⁰:

- a) *Data brokers* coletam dados dos consumidores¹¹ de inúmeras fontes, normalmente sem o conhecimento dos consumidores;
- b) A indústria dos *data brokers* é complexa, sendo composta por muitas camadas de *data brokers*, que fornecem dados uns para os outros e não somente para o destinatário final;
- c) *Data brokers* coletam e armazenam bilhões de dados;
- d) *Data brokers* combinam e analisam os dados sobre os consumidores para fazer inferências sobre eles, incluindo inferências sobre informações sensíveis;
- e) *Data brokers* combinam dados obtidos *on-line* e *off-line*, se utilizando de sites que solicitam registros e de cookies para achar consumidores on-line e direcionar anúncios na internet com base nas atividades *off-line* desses consumidores;
- f) Os contratos celebrados entre os *data brokers* e suas fontes variam, de forma que alguns são tidos como proprietários dos dados coletados, enquanto outros apenas podem utilizá-los por determinado período e ainda há aqueles que obtêm o direito de revender os dados obtidos.

O relatório destaca, ainda, a relação de risco e benefício existente em face das atividades do setor¹². Se por um lado os consumidores se beneficiam de vários dos propósitos para os quais os *data brokers* coletam os dados (*i.e.* prevenção à fraudes e melhora na oferta de publicidade), por outro os riscos inerentes às atividades exercidas por essa indústria são bem altos e as falhas nas atividades podem causar danos extremamente prejudiciais aos direitos do consumidor.

⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION. op. cit. p. i-ii.

¹⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. op. cit. p. iv-v.

¹¹ O relatório usa o termo **consumidor**, mas entendemos que **titular dos dados** seria a terminologia mais apropriada.

¹² FEDERAL TRADE COMMISSION. op. cit. p. iv-v.

Dentre eles, pode-se destacar as discriminações feitas por algoritmos com base em dados coletados de forma incorreta ou desatualizada, os *credit scorings*, a possibilidade de *stalkers* e desafetos descobrirem informações pessoais sobre alguém nos sites de busca por pessoas, bem como o risco de vazamento de dados¹³.

Alguns *data brokers* oferecem aos consumidores a opção de corrigirem, atualizarem ou deixarem de fornecer seus dados. Mas essas opções, quando oferecidas, não são claras para os consumidores¹⁴.

A ideia do relatório era dar mais visibilidade ou transparência à forma de atuação de uma indústria pouco conhecida pelos consumidores, mas que, ao mesmo tempo, obtém enormes quantidades de informação a respeito dos titulares de dados pessoais¹⁵.

A transparência é tida por alguns como uma importante ferramenta no combate à assimetria da privacidade existente entre os *data brokers* e os indivíduos que possuem seus dados coletados¹⁶. Sua disponibilidade seria um meio de empoderamento do cidadão, que teria maior controle sobre seus dados.

Para Matthew Crain, no entanto, a transparência não seria um meio eficaz de reduzir essa assimetria. Existiriam dois limites à transparência quanto ao modo de atuar dos *data brokers*: (i) os impedimentos estruturais e (ii) os desvios regulatórios¹⁷.

Com relação aos impedimentos estruturais, afirma que a transparência seria impossível porque a assimetria da privacidade é a essência do modelo de negócio dos *data brokers*. A estrutura e as operações da indústria seriam incompatíveis com a transparência ou com a abertura total de como operam, pois uma vez que as informações são obtidas, é quase impossível refazer os passos que indiquem sua origem¹⁸.

As principais alegações do setor para defender a falta de transparência envolvem o segredo comercial, a complexa cadeia que compõe o cenário de vendedores e compradores de dados pessoais e a forma como os dados são coletados. Há ainda o fato

¹³ FEDERAL TRADE COMMISSION, op. cit. p. v.

¹⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION, op. cit. p. vi.

¹⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION, op. cit. p.7-10.

¹⁶ CRAIN, Matthew, "The limits of transparency: Data brokers and commodification" (2017). p. 4-5. CUNY Academic Works. Disponível em: http://academicworks.cuny.edu/qc_pubs/169. Acessado em: 25 de nov. de 2020.

¹⁷ CRAIN, Matthew. op. cit. p. 6.

¹⁸ Idem.

de que uma significativa parte das informações obtidas pelos *data brokers* são geradas por computadores, ou seja, não viriam de uma fonte “real”¹⁹.

No que se refere aos desvios regulatórios, Matthew Crain afirma que, historicamente, as iniciativas relacionadas à transparência foram criadas para dar suporte à autorregulação do mercado e, portanto, falham em proteger a privacidade dos consumidores²⁰.

Para Daniel J. Solove, a opacidade no tratamento das informações afeta as relações de poder existentes entre as pessoas e as instituições, pois frustram os indivíduos e criam a sensação de desamparo e impotência diante daqueles que tomam importantes decisões sobre suas vidas²¹. O autor, inclusive, compara essa dinâmica com a obra de Franz Kafka (O processo), em contraste à ótica da vigilância, normalmente relacionada à obra de George Orwell (1984).

O cenário atual de coleta e uso de dados é complexo, envolve vários atores, de diversos segmentos, que se utilizam de diferentes algoritmos para captar e analisar uma enorme quantidade de dados²². Neste espectro, a ideia de transparência, de forma isolada, se mostra insuficiente para conferir ao indivíduo o poder de gerenciar plenamente o fluxo informacional derivado da coleta de seus dados.

¹⁹ CRAIN, Matthew. op. cit. p. 7.

²⁰ CRAIN, Matthew. op. cit. p. 6.

²¹ SOLOVE, Daniel J. *‘I’ve got nothing to hide’ and other misunderstandings of privacy*. 2007. p. 757. George Washington University Law School. 44 San Diego L. Rev. 745 (2007), Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1159&context=faculty_publications Acesso em: 25 de nov. de 2020. Aqui vale destacar o seguinte trecho: “*The problems captured by the Kafka metaphor are of a different sort than the problems caused by surveillance. They often do not result in inhibition or chilling. Instead, they are problems of information processing—the storage, use, or analysis of data—rather than information collection. They affect the power relationships between people and the institutions of the modern state. They not only frustrate the individual by creating a sense of helplessness and powerlessness, but they also affect social structure by altering the kind of relationships people have with the institutions that make important decisions about their lives*”.

²² MENDES, Laura S.; FONSECA, Gabriel C.S. Proteção de dados para além do consentimento: Tendências de materialização. p. 83. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

2.1. Análise do caso Serasa Experian x MPDFT – suspensão da venda de dados pessoais – e a importância de compreender a atividade dos *data brokers* na economia de dados

Recentemente, a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por meio de liminar em Agravo de Instrumento, concedeu tutela de urgência antecipada requerida pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios – MPDFT na Ação Civil Pública contra a Serasa Experian, com o fim de suspender a venda de dados pessoais por meio dos produtos conhecidos como “Lista Online” e “Prospecção de clientes”²³.

Na ação, o MPDFT alega que a Serasa vende informações relacionadas à pessoa identificada (nome, CPF, endereço, dentre outros) para fins de publicidade e captação de clientes e não para a proteção do crédito. Afirma que a venda abarca mais de 150 milhões de brasileiros e que, ao preço de R\$ 0,98, as empresas interessadas em prospectar clientes poderiam obter tais dados.

Em dado momento, o MPDFT alega que o ocorrido constitui um “grande incidente de segurança monetizável”, também chamado de “vazamento de dados”. Todavia, tal afirmação confunde os conceitos de incidente de segurança cibernética (*i.e.* vazamento de dados), que ocorre alheio à vontade do controlador de dados²⁴, com a venda de dados coletados e reunidos justamente para este fim, que seria o modelo de negócio das corretoras de dados (*data brokers*).

A Serasa Experian nada mais é do que uma corretora de dados, que, inclusive, se apresenta como “o maior banco de dados da América Latina” e, além disso, também oferece soluções para gestão de riscos, marketing e certificação digital²⁵. Desta forma, a depender da finalidade para a qual a empresa coleta e disponibiliza seu banco de dados para seus clientes, se para a proteção do crédito ou para o marketing e certificação digital, a base legal que fundamentaria a coleta de dados para cada atividade seria distinta.

²³ Agravo de Instrumento n.º 0749765-29.2020.8.07.0000. Ação Civil Pública n.º 0736634-81.2020.8.07.0001 – 5ª Vara Federal de Brasília/DF. Disponível em: https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/comunicacao/SERASA_Full.pdf, Acesso em: 07 de dez. de 2020.

²⁴ Neste sentido, vale a leitura do artigo 4, item (12) da GDPR, que define o que é “violação de dados pessoais como a violação da segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento”.

²⁵ Site <https://www.serasaexperian.com.br/sobre>, Acesso em: 07 de dez. de 2020.

O Juízo em primeira instância julgou improcedente o pedido para suspender a venda dos dados. Argumentou que não haveria necessidade de consentimento dos titulares de dados para que suas informações fossem coletadas e vendidas pela Serasa, porque “os dados comercializados são habitualmente fornecidos pelos sujeitos de direito nas suas relações negociais e empresariais”. Alegou, ainda, que a atividade da Serasa estava amparada pelo legítimo interesse do controlador ou de terceiros e da proteção do crédito, com base no art. 7º e seus incisos IX e X da LGPD, respectivamente.

A atividade da Serasa é amparada pela base legal da proteção do crédito quando coleta e vende dados com a finalidade de combater fraudes e contribuir para a circulação do crédito, fortalecendo a confiança entre clientes e instituições financeiras.

A “proteção do crédito”, inclusive como defende Marcel Leonardi, deve ser interpretada de forma extensiva, abarcando tanto as atividades inerentes à concessão do crédito quanto as atividades de apoio²⁶.

Todavia, quando alterada a finalidade para a qual a coleta dos dados foi realizada, a empresa deve deixar bem clara esta mudança e se socorrer de outra base legal para tratar estes dados²⁷. O fundamento jurídico que legitima a coleta de dados para a proteção do crédito não se sustenta, por exemplo, em relação ao marketing.

Nesse sentido, Laura Schertel, referindo-se a um termo cunhado por Helen Nissenbaum, destaca que a proteção dos dados perpassa pelo respeito à integridade contextual (*contextual integrity*) do fluxo dos dados coletados, de forma que o contexto em que tais dados serão utilizados seja apropriado e esperado à luz das “normas informacionais” aplicáveis²⁸.

Sendo assim, deve-se avaliar a legítima expectativa do titular dos dados: se o titular tem seus dados coletados para a finalidade de proteção do crédito e combate a fraudes, não espera que os mesmos dados sejam utilizados para marketing direcionado. Tal uso fugiria do contexto para o qual o dado foi coletado.

Na decisão, o Juízo de primeira instância ainda alegou que a conduta praticada pela Serasa Experian não lesaria os direitos da privacidade e da liberdade e nem estaria

²⁶ LEONARDI, Marcel. op.cit. p. 84.

²⁷ MENDES, Laura S. op. cit. p. 82.

²⁸ MENDES, Laura S. op. cit. p. 84.

violando os direitos da personalidade, uma vez que os dados comercializados não eram dados sensíveis.

Nesse aspecto, o magistrado desconsidera que os dados pessoais, sejam eles quais forem, uma vez que sejam capazes de identificar uma pessoa natural, merecem proteção. A LGPD trouxe, de forma explícita, logo em seu artigo 1º que o objetivo da Lei era de proteger os direitos da pessoa natural em face do tratamento de seus dados pessoais, não diferenciando quais tipos de dados seriam merecedores de tutela.

Em segunda instância, o Tribunal, ao conceder a tutela de urgência para suspender a venda de dados pela Serasa, utilizou o argumento do consentimento para o tratamento de dados, ignorando por completo a existência de outras bases legais que sustentam o tratamento de dados de forma legítima pela Serasa.

Este caso destaca dois achados importantes e que deverão ser enfrentados pelos operadores do Direito o mais breve possível: (i) o desconhecimento, pelo Poder Judiciário, sobre conceitos trazidos pela nova lei de proteção de dados pessoais; e (ii) o desconhecimento a respeito do modelo de negócio dos *data brokers*.

A capacitação dos operadores do Direito a respeito da aplicação dos direitos e obrigações previstos na LGPD é imprescindível para a proteção adequada dos titulares de dados. O conhecimento e a correta aplicação da legislação são indispensáveis para criar um ambiente de segurança jurídica que permita aos controladores de dados exercerem suas atividades econômicas.

2.2. Atuação dos *data brokers* nas áreas de marketing e publicidade direcionada

Atualmente, os produtos e serviços *on-line*, em sua maioria, são oferecidos de forma gratuita, ou seja, não há uma contraprestação pecuniária direta por parte dos usuários para que possam fruir do que lhes é ofertado²⁹. Todavia, os negócios ofertados na internet devem ser lucrativos de alguma forma.

Daí que surge o modelo plurilateral de negócio, que substituiu o modelo bilateral, tradicionalmente utilizado. No modelo bilateral, os produtos e serviços eram ofertados

²⁹ BIONI, Bruno R. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. p. 22. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

diretamente aos consumidores, que pagavam diretamente ao fornecedor para usufruir do que lhes era ofertado³⁰.

Já no modelo plurilateral, os consumidores não pagam diretamente pelos bens de consumo, mas fornecem seus dados pessoais como contraprestação³¹. Desta forma, os publicitários coletam os dados e, com base no perfil dos consumidores, direcionam a publicidade para venda de seus produtos. Para isso, pagam os sites ou aplicativos para publicar em seus espaços virtuais. Assim, os produtos e serviços oferecidos pelos aplicativos e sites podem ser usufruídos pelo consumidor “de graça”. Este modelo é o que se chama de *zero-price advertisement business model*³².

Para que os serviços e produtos oferecidos gratuitamente *on-line* sejam rentáveis, a oferta da publicidade *on-line* é operacionalizada por uma complexa rede de atores³³. Os envolvidos agem de forma cooperativa por meio das chamadas redes de publicidade (*ad networks*), as quais conectam os sites veiculadores de publicidade aos fornecedores, que querem anunciar um bem de consumo naquele local³⁴.

Essas redes de publicidade, via de regra, são quem coletam os dados do potencial consumidor, instalando tecnologias de monitoramento da navegação do usuário (*third-party tracking*), com o intuito de construir um perfil mais detalhado sobre as preferências do indivíduo³⁵.

Para tornar a publicidade comportamental mais precisa, as redes de publicidade cooperam entre si (*ad exchanges*), trocando suas bases de dados para potencializar o alcance e a precisão da ação publicitária, criando uma verdadeira sobreposição de redes de publicidade³⁶.

No contexto da publicidade e marketing direcionados, os *data brokers* atuam segmentando grupos de prováveis consumidores com base em uma determinada característica comum a eles, bem como se propõem a alcançar diferentes tipos de consumidores em potencial (*matching and targeting*)³⁷. Para isso, se utilizam do enorme

³⁰ Idem.

³¹ Idem.

³² BIONI, Bruno R. op. cit. p. 23.

³³ BIONI, Bruno R. op. cit. p. 25.

³⁴ Idem.

³⁵ BIONI, Bruno R. op. cit. p. 26.

³⁶ Idem.

³⁷ BIONI, Bruno R. op. cit. p. 27.

volume de dados coletados, analisados e trocados entre eles, de forma a oferecer aos seus potenciais clientes a predição comportamental dos indivíduos, para permitir o refinamento das campanhas publicitárias (*data analytics*)³⁸.

A IAB Brasil (*Interactive Advertising Bureau*), publicou a Pesquisa Digital AdSpend 2019, com o objetivo de oferecer uma visão estratégica dos investimentos totais em mídias digitais no Brasil³⁹. Tal relatório, que inclui o valor total gasto com as mídias digitais e as tendências, concluiu que para o ano de 2018, o valor total projetado de investimentos em mídias digitais no Brasil foi de mais de R\$ 16 bilhões, enquanto no ano de 2019 a projeção era de mais de R\$ 20 bilhões.

Um achado interessante desta pesquisa é que mesmo com valores tão altos, as mídias digitais constituem apenas 33% dos investimentos totais em mídias em geral, contra 67% dos investimentos sendo feitos em mídias tradicionais. Isso significa que, apesar de já constituir uma realidade e ser extremamente impactante na vida dos consumidores, o mercado das mídias digitais ainda tem um espaço muito grande para expansão.

3. A BASE LEGAL APROPRIADA PARA O PRODUTO DE MARKETING OFERECIDO PELOS *DATA BROKERS* NO CENÁRIO BRASILEIRO APÓS O ADVENTO DA LGPD

Pela redação do art. 5º e seus incisos I, VI, IX e X, da LGPD, não há dúvida de que os *data brokers* são controladores de dados pessoais e realizam seu tratamento⁴⁰.

A LGPD, em seu art. 7º, apresenta um rol contendo dez bases legais dentre as quais os controladores podem se utilizar quando do tratamento de dados pessoais. Tais dispositivos são hierarquicamente equivalentes, apesar de o consentimento ter assumido

³⁸ Idem.

³⁹ Pesquisa AdSpend 2019. Disponível em: <https://iabbrasil.com.br/wp-content/uploads/2019/06/AdSpend-2019-vers%C3%A3o-final-1.pdf> Acesso em: 07 de dez. de 2020.

⁴⁰ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; (...) VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; (...) IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador; 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;

uma posição de destaque no passado, quando ainda se discutia o PL n.º 5276/2016, que deu origem à Lei 13.709/2018⁴¹.

Para Marcel Leonardi, o consentimento deve ser utilizado como base legal pelo controlador quando houver uma relação direta com o titular de dados pessoais⁴². Nesse mesmo sentido, Chiara de Teffé e Mario Viola sustentam que “a interpretação do consentimento deverá ocorrer de forma restritiva, não podendo o agente estender a autorização concedida a ele para o tratamento de dados para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior ou para finalidade diversa”⁴³.

O consentimento, portanto, não seria a base legal adequada para o tratamento de dados realizado pelos *data brokers*. Isto porque o consentimento, da forma como é obtido pela maioria dos sites hoje em dia⁴⁴ (por meio de cookies, termos e condições ou políticas de privacidade), não atende às especificidades elencadas no art. 5º, XII, da LGPD, ou seja, que seja dado de forma livre, informada e inequívoca e para uma finalidade determinada⁴⁵.

Tal posicionamento é complementado e confirmado pela leitura do artigo 6º, I, da LGPD, que define finalidade como a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”.

Dentre as bases legais trazidas pelo art. 7º da LGPD que permitem o tratamento de dados pessoais, a mais flexível é a do legítimo interesse do controlador ou de terceiros, prevista no inciso IX⁴⁶. Contudo, tal inciso não pode ser lido de forma isolada. Deve-se fazer uma interpretação conjunta do art. 7º, IX, e seus §§ 3º, 4º, 6º e 7º⁴⁷, bem como do

⁴¹ O histórico da aprovação da LGPD pode ser conferido no site: <https://observatorioprivacidade.com.br/>

⁴² LEONARDI, Marcel. op. cit. p. 76.

⁴³ VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara S. Tratamento de dados pessoais na LGPD: Estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. p. 121. In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁴⁴ MENDES, Laura S.; FONSECA, Gabriel C.S. op. cit. p. 79-80.

⁴⁵ 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;

⁴⁶ LEONARDI, Marcel. op. cit. p. 78.

⁴⁷ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) 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; (...) § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. § 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos

art. 10 e seus incisos I e II⁴⁸, que definem, em rol exemplificativo, as situações concretas que constituiriam exemplos de legítimo interesse por parte do controlador para justificar o tratamento dos dados.

A utilização do legítimo interesse, contudo, representa um risco jurídico⁴⁹, uma vez que a avaliação de seus elementos está sujeita ao relatório de impacto à proteção de dados pessoais e pode ser revista ou até mesmo rejeitada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, conforme prevê o art.10, §3º da LGPD.

Para se utilizar da base legal do legítimo interesse, há que se aferir tanto o legítimo interesse por parte do controlador quanto se as legítimas expectativas do titular dos dados, bem como seus direitos e liberdades fundamentais estão sendo respeitados⁵⁰.

Recomenda-se, para tanto, que seja realizado um Teste de Legítimo Interesse⁵¹ (ou *Legitimate Interests Assessment* – LIA), o qual é multifatorial e global⁵²:

- a) Verificar se o interesse do controlador possui uma finalidade legítima e, portanto, respeita outros comandos legais (Art. 10, *caput* e I, da LGPD);

do titular e os princípios previstos nesta Lei. (...) § 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular. § 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ LEONARDI, Marcel. op. cit. p. 79.

⁵⁰ BIONI, Bruno R. Legítimo interesse: Aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. p. 164. P. 163-176. *In*: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁵¹ A Opinião 06/2014 do ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY traz diretrizes e conceitos capazes de aferir a existência de legítimo interesse dos controladores, com base na análise do artigo 7 do GDPR. Este documento é tido como referência também sobre o tema, tendo em vista a influência da GDPR na confecção da LGPD. Disponível em: <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1086>. Acessado em: 10 de dez. de 2020.

⁵² BIONI, Bruno R. Legítimo interesse: Aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional... p. 165-166.

- b) Verificar se os dados utilizados são realmente necessários para se atingir a finalidade pretendida (Art. 10, §1º, da LGPD);
- c) Verificar quais impactos o uso daqueles dados trará para seu titular e quais são as legítimas expectativas do cidadão⁵³ sobre o uso dos dados naquele contexto (Art. 10, II, da LGPD);
- d) Adoção de salvaguardas (ações que mitiguem os riscos e confirmem transparência ao uso dos dados) por parte do controlador (Art. 10, §§2º e 3º, da LGPD)

Marcel Leonardi ressalta que “o interesse legítimo pode ser tanto do controlador quanto de terceiros e, assim, pode incluir interesses comerciais, individuais ou mesmo interesses da coletividade e da sociedade amplamente considerados”⁵⁴.

Para Bruno Bioni, a economia baseada em dados possui como uma de suas engrenagens a receita publicitária, que é a base de diversos negócios, não havendo dúvida, portanto, sobre o benefício e a vantagem decorrentes de tal atividade de tratamento de dados, ainda que com propósito puramente comercial⁵⁵.

Nesse contexto, pode-se defender o legítimo interesse dos *data brokers* de coletarem e tratarem dados pessoais, uma vez que sua atividade mobiliza diversos setores da economia, tendo em vista a vasta relação de atividades empresariais que se utilizam de seus serviços.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade dos *data brokers* ainda é largamente desconhecida. Não apenas pelos titulares dos dados, mas também pelas entidades governamentais e pelos poderes legislativo e judiciário. Muitos operadores do Direito, que vão ter que atuar para resguardar os direitos previstos na LGPD, ainda não sabem como os *data brokers* operam.

⁵³ Nesse sentido a Considerandas 47 do GDPR, que afirma: “(...) *the existence of a legitimate interest would need careful assessment including whether a data subject can reasonably expect at the time and in the context of the collection of the personal data that processing for that purpose may take place*”.

⁵⁴ LEONARDI, Marcel. op. cit. p. 80.

⁵⁵ BIONI, Bruno R. Legítimo interesse: Aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional... p. 167.

Na economia em que vivemos, baseada em dados, cujo alicerce é a tecnologia aliada ao uso dos dados pessoais, é urgente não apenas que se saiba quem são os atores envolvidos como também que se regulamente suas atividades.

Regulamentar a atividade dos *data brokers*, principalmente no que se refere aos dados que são coletados, à forma como são coletados, a finalidade para qual são utilizados e ainda o modo como são vendidos ou compartilhados é de extrema importância para que se garanta os direitos previstos na LGPD.

A assimetria da privacidade e, portanto, do poder, não deixará de existir. Da mesma forma que há uma assimetria entre consumidores e grandes empresas fornecedoras de produtos ou serviços, sempre haverá uma assimetria informacional entre o indivíduo titular de dados e as grandes empresas que utilizam a mais alta tecnologia disponível no mercado para coletar e processar enormes quantidades de dados.

Todavia, a regulamentação desta atividade poderia gerar maior controle por parte do Estado, forçando uma alteração da arquitetura da coleta e tratamento de dados, bem como da venda de informações, inclusive com a geração de tributos⁵⁶. Esses já seriam grandes avanços na proteção dos direitos dos titulares de dados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. Disponível em: <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1086>. Acesso em: 10 de dez. de 2020.

BIONI, Bruno R. Legítimo interesse: Aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. P. 163-176. *In: Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]* – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno R. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 29.

BIONI, Bruno R.; MONTEIRO, Renato L. Dados públicos são dados pessoais? Artigo publicado no site JOTA em 25 de jun. de 2016. Disponível em:

⁵⁶ Projeto de tributação da Economia Digital previsto no site da União Europeia (Proposta 1). Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 09 de dez. 2020.

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dados-publicos-sao-dados-pessoais-25062016>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

BIONI, Bruno R.; RIBEIRO, Marcio M. A transposição da dicotomia entre o Público e o Privado, publicado no JOTA em 25/09/2015. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-transposicao-da-dicotomia-entre-o-publico-e-o-privado-25092015. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

CRAIN, Matthew. *"The limits of transparency: Data brokers and commodification"* (2017). CUNY Academic Works. Disponível em: http://academicworks.cuny.edu/qc_pubs/169. Acessado em: 25 de nov. de 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Taxation and Customs Union*. https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en Acesso em: 09 de dez. 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Data Brokers: A call for transparency and Accountability*. May 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>, Acesso em: 25 de nov. de 2020.

LEONARDI, Marcel. Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado. *In: Caderno Especial LGPD*. p.71-85. São Paulo: Ed. RT, nov. 2019.

MENDES, Laura S.; FONSECA, Gabriel C.S. Proteção de dados para além do consentimento: Tendências de materialização. p. 79-80. *Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]* – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Renato L. A (i)legalidade dos sites que divulgam dados pessoais. Disponível em: <https://renatoleitemonteiro.jusbrasil.com.br/artigos/191596216/a-i-legalidade-de-sites-que-divulgam-dados-pessoais>. Acesso em: 25 de nov. de 2020.

SOLOVE, Daniel J. *'I've got nothing to hide' and other misunderstandings of privacy*. 2007. George Washington University Law School. 44 San Diego L. Rev. 745 (2007), Disponível em: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1159&context=faculty_publications Acesso em: 25 de nov. de 2020.

SOUZA, Carlos A.; MAGRANI, Eduardo; CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais. Em *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. p.44. Organização Caitlin Mulholland. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara S. Tratamento de dados pessoais na LGPD: Estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. p. 121. *Tratado de proteção de dados pessoais / coordenadores Danilo Doneda ... [et al.]* – Rio de Janeiro: Forense, 2021.