

O teste de ponderação 4.0 da lei geral de proteção de dados no brasil: análise do LIA (*legitimate interests assessment*) como uma inovação na eficácia horizontal dos direitos fundamentais

FRANCISCO SOARES REIS JÚNIOR¹

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados representa um marco jurídico de equalização entre os direitos da privacidade dos titulares de dados e da liberdade econômica do mercado. Como tal, revela-se como uma norma que regula a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Para a base legal do Legítimo Interesse, instituiu-se um regime de controle de validade através de um teste de ponderação, com mais requisitos do que o método criado por Robert Alexy. Este artigo sustenta a hipótese de que esse instituto representa uma inovação na proteção de direitos fundamentais e aprofunda o ônus argumentativo ao poder judiciário quando acionado.

Palavras-chave: *Eficácia horizontal de direitos fundamentais. Lei Geral de Proteção de Dados. Legítimo Interesse. Teste de Ponderação.*

Abstract: The General Data Protection Law represents a legal framework for equalizing the privacy rights of data subjects and the economic freedom of the market. As such, it appears as a norm that regulates the effectiveness of fundamental rights between individuals. For the legal

¹ Mestre em Ciência Política pela UFPI e Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina/Brasil, e-mail: franciscotjma@gmail.com. Este paper foi originalmente concebido como trabalho para avaliação final no âmbito da disciplina de Direitos Fundamentais e Direito Privado no Doutorado.

basis of Legitimate Interest, a validity control regime was instituted through a weighting test, with more requirements than the method created by Robert Alexy. This article supports the hypothesis that this institute represents an innovation in the protection of fundamental rights and deepens the argumentative burden on the judiciary when triggered.

Keywords: *Horizontal effectiveness of fundamental rights. General Data Protection Act. Legitimate Interest. Balancing Test.*

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) representa o marco legal brasileiro para tratar, de modo transversal, sobre a principal característica do capitalismo contemporâneo: a existência de uma economia movida a dados (*data-driven economy*)².

Numa elaborada formulação, a professora da Universidade de Brasília (UnB) Ana FRAZÃO, em seu artigo “Fundamentos da proteção dos dados pessoais” (2020), compreende essa proteção em seus aspectos essenciais: 1) como forma de endereçar os efeitos nefastos do capitalismo de vigilância (privacidade como um negócio); 2) como forma de endereçar os riscos que os algoritmos representam às liberdades individuais e à própria democracia; e 3) como forma de endereçar o problema da opacidade e da ausência de *accountability* da economia movida a dados³.

No Brasil, a LGPD inovou no sistema legal de proteção de dados ao visar, para além dos direitos fundamentais de liberdade e de

² O capitalismo no século XXI passou a centrar-se na extração e no uso de dados pessoais (SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2018)

³ FRAZÃO, Ana. *Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados*, in Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

privacidade, a proteção do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1.º), cuja disciplina tem, entre seus fundamentos, o desenvolvimento econômico/tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (art. 2.º, incisos V e VI).

Desde já se pode apontar que o âmbito de incidência da LGPD gira em torno de uma atividade: o tratamento de dados, cujo conceito adotado foi o expansionista⁴.

Nesse sentido, o tratamento de dados pessoais, para que respeite direitos individuais dos titulares e para que não seja utilizada para embaraçar o empreendedorismo no país, deve obedecer a princípios estabelecidos (art. 6.º) e somente ser realizado quando atender a requisitos legais bem delimitados (denominadas de bases legais e jurídicas de tratamento de dados pessoais – art. 7.º e 11).

Uma dessas bases legais é o Legítimo Interesse, através do qual as empresas, como controladoras dos dados pessoais dos titulares, podem realizar operações de tratamento independentemente do encaixe em qualquer outra base legal e mesmo sem consentimento da pessoa titular dos dados.

Em verdade, a previsão do legítimo interesse se ajusta à contemporaneidade das trocas maciças de dados pessoais, de forma que a exigência do consentimento expresso dos titulares colocaria em risco a viabilidade econômica e operacional de vários modelos negociais das empresas. Dessa forma, garantiu-se uma solução legal, em atenção ao livre mercado e à livre iniciativa, desde que sejam operações de tratamento que visem (a lei, de modo lacônico, inclui a expressão “mão não se limitam”) ao apoio e à promoção de atividade do controlador e à proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou

⁴ Para fins da LGPD, tratamento de dados corresponde a “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” (art. 5.º, X).

prestação de serviços que o beneficiem (art. 10, incisos I e II).

Como instrumento de equilíbrio dessa operação em relação aos direitos de privacidade e de personalidade dos titulares de dados pessoais, a lei previu que somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados, cabendo ao controlador garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse (art. 10, §2.º).

Na prática, vários conflitos podem surgir, razão pela qual, na União Europeia, o *General Data Protection Regulation* (GDPR) esclareceu que⁵:

De qualquer modo, a existência de um interesse legítimo requer uma avaliação cuidadosa, nomeadamente da questão de saber se o titular dos dados pode razoavelmente prever, no momento e no contexto em que os dados pessoais são recolhidos, que esses poderão vir a ser tratados com essa finalidade. Os interesses e os direitos fundamentais do titular dos dados podem, em particular, sobrepor-se aos interesses do responsável pelo tratamento, quando que os dados pessoais sejam tratados em circunstâncias em que os seus titulares já não esperam um tratamento adicional.

Nesse cenário, a solução europeia foi instituir um teste de ponderação (*balancing test*), o qual representa uma metodologia que serve para se determinar qual dos interesses em jogo deve prevalecer ao se utilizar o legítimo interesse como base legal de tratamento (Oliveira e Cots, 2021, p. 100).

No Brasil, Bruno BIONI⁶ explica que houve uma a escolha do legislador em não fazer um transplante legal daquilo que vinha sendo desenvolvido no contexto europeu, mas desenvolver um modelo de teste de legítimo interesse em quatro fases, dispostas no art. 10 da LGPD.

⁵ CONSIDERANDO 47 da GDPR. Disponível em: <https://gdpr-text.com/pt/read/recital-47/>. Acesso em 03.10.2022.

⁶ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais. A função e os limites do consentimento*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 244.

Essa estratégia normativa corresponde a uma corporificação textual de uma solução possível para as hipóteses de conflitos de direitos fundamentais entre particulares.

Com isso, mobiliza-se a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a temática da proteção de dados pessoais.

Nesse momento, molda-se o caminho para o problema de pesquisa a que este artigo procura responder: *O teste de ponderação, utilizado para o tratamento de dados pessoais baseados no legítimo interesse, inova na temática da vinculação dos particulares a direitos fundamentais em relação à metodologia desenvolvida por Robert Alexy?*

Esse problema possibilita uma discussão fértil, no campo da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobre as metodologias empregadas por Robert Alexy e pela Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

Neste artigo, pretende-se, inicialmente, apresentar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo.

Em seguida, demonstrar-se-á qual a justificativa da inclusão do legítimo interesse como uma base legal para tratamento de dados pessoais na LGPD.

Do mesmo modo, serão apresentados alguns elementos da teoria de Robert Alexy sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para que seja viabilizada uma comparação panorâmica dos seus argumentos em relação ao teste de ponderação (*Legitimate Interests Assessment – LIA*) disposto na LGPD, para responder o problema central desse artigo.

O método lógico-argumentativo utilizado foi o indutivo. Assim, parte-se de constatações mais particulares de fenômenos até a aproximação a planos mais abrangentes de leis e de teorias (conexão ascendente), através das técnicas de pesquisa documental dos textos normativos e de pesquisa bibliográfica.

Em jeito de conclusão, será apresentada a tese de que o teste de ponderação como requisito prévio para o tratamento de dados pessoais, baseado no legítimo interesse do controlador, representa uma inovação

na temática da proteção de direitos fundamentais, por instituir novos requisitos autorizadores e por internalizar uma metodologia constitucionalizante na análise funcional desse marco civilista previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil.

2. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo

A recente alteração da Constituição Federal brasileira promovida pela Emenda Constitucional n. 115/2022⁷, a qual incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, delimitou a autonomia desse direito em relação ao direito de privacidade. Esse desfecho momentâneo encerra um ciclo e inicia uma nova era sobre o tratamento e a proteção dos dados pessoais.

Por certo que a coleta de dados pessoais, para fins econômicos, não é uma atividade nova. Como esclarece DONEDA, Danilo (2021), a matéria da proteção de dados foi impulsionada *“a partir da aplicação de determinadas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico”*. Ocorre que *“a própria expressão ‘proteção de dados’ não reflete fielmente o seu âmago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo”*.

Com efeito, a proteção efetiva é do direito da personalidade, entre cujos bens⁸ tutelados, encontram-se os dados pessoais dos titulares. Nesse sentido, BIONI, Bruno (2021, p. 55) demonstra a projeção da personalidade por meio dos dados, apontando, como condição essencial para tanto, que o dado assuma o adjetivo de “pessoal”, para que se

⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, Art. 5.º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

⁸ BIONI, Bruno (2021, p. 54) pontua que o conceito de bens da personalidade é dirigido para a satisfação do livre desenvolvimento da personalidade. Segundo Antônio Menezes CORDEIRO, o progressivo domínio dogmático da ‘periferia’ da personalidade permitiu o esforço de abstração necessária para se alcançar a ideia de ‘bem de personalidade’.

caracterize como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular.

De maneira lapidar, Stefano RODATÀ⁹ reflete que:

Estamos diante da verdadeira reinvenção da proteção de dados – não somente porque ela é expressamente considerada como um direito fundamental autônomo, mas também porque se tornou uma ferramenta essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio.

A abrangência da proteção, portanto, não leva em questão simplesmente o eixo da privacidade, haja vista que os dados pessoais públicos, que circulam e estão à disposição de todos por força legal (v.g. as leis de acesso à informação e do processo eletrônico), também se qualificam como passíveis de proteção. Assim, como adverte Bruno BIONI, “a esfera do que é público ou privado revela-se incompleta para dar vazão a esse tipo de dinâmica normativa”¹⁰.

Contudo, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu texto original, deixou de tratar especificamente acerca do direito à proteção de dados como distinto do direito à privacidade. Isso não impediu que se desenvolvessem fundamentos jurídicos, atrelados ao direito à privacidade como um direito humano fundamental, os quais refletiram a preocupação do constituinte com o tratamento e com proteção de dados, como decorrência de uma série de garantias fundamentais, como o direito à autodeterminação de dados e de informações¹¹.

Na realidade, os dois direitos estão ligados, conforme explica

⁹ RODATÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

¹⁰ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais. A função e os limites do consentimento*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 58.

¹¹ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. “Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica” in *Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto*. 1.ª Edição, Curitiba: Clássica Editora, 2020, pp. 319-344.

Danilo DONEDA¹², (2021, p. 94):

a informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade a menor difusão de informações pessoais e vice-versa. Esta equação nem de longe encera toda a complexa problemática em torno dessa relação, porém pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como um desdobramento da tutela do direito à privacidade.

Numa sinalização de que compreendeu a dimensão e o impacto dos novos tempos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's 6387, 6388, 6389 e 6390/DF¹³), reconheceu a fundamentalidade do direito à proteção de dados, através, especialmente, de uma justificativa fático-pragmática e outra jurídico-constitucional.

Quanto à primeira, o STF afirmou que não há dados irrelevantes, de forma que a CF/88 não protege apenas os dados sigilosos (como decorrência do art. 5.º, inciso XII), mas todo dado que tenha por característica ser um atributo da personalidade humana (BIONI, 2021, p. 104). Segundo registrado pela Min. Cármen Lúcia¹⁴, *“é crucial ter presente que o que podia ser feito a partir da publicização de tais dados pessoais não se compara ao que pode ser feito no patamar tecnológico*

¹² DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

¹³ Para a Corte brasileira, a Constituição Federal expressamente assegura o direito à autodeterminação informativa, por isso o uso de dados e informações pessoais deve ser controlado pelo próprio indivíduo, conforme expressamente positivado na LGPD (Lei n.º 13.709/2018) em seu art. 2.º, I e II. Não obstante, o direito à autodeterminação informativa e à privacidade são desmembramentos dos direitos da personalidade e subsidiam a proteção não só da democracia, mas também de uma série de direitos fundamentais previstos no art. 3.º, I e II; art. 4.º, II; art. 5.º, X e XII; art. 7.º, XXVII; e art. 219 da CF.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.387, Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em 04.08.2022.

atual, em que poderosas tecnologias de processamento, cruzamento e filtragem de dados permitem a formação de perfis individuais extremamente detalhados”.

Com isso, utilizou-se, como *ratio decidendi*, um argumento que chamou a atenção de pensadores como Nick SRNICEK, para quem os dados pessoais são o novo petróleo nessa *data-driven economy*¹⁵, e Yuval HARARI, para quem a regulação da propriedade de dados talvez seja a questão política mais importante da nossa era¹⁶.

Em verdade, Ana FRAZÃO¹⁷ explica que as atividades de obtenção, de coleta, de registro e de acesso a dados pessoais, após o *Big Data* e o *Big Analytics*, ocorrem de maneira muito mais eficiente, com mais veracidade, velocidade, variedade e volume (4V), possibilitando utilizações que não seriam sequer imagináveis há pouco tempo.

Ademais, o STF instituiu uma virada histórica de sua jurisprudência, apontando, como menciona Bruno BIONI, para uma “*evolução, a partir da construção do conceito de autodeterminação informativa, do direito à privacidade, liberdade negativa, para um direito à proteção de dados, liberdade positiva e projeção da personalidade, a ser protegida e promovida pelo Estado*”¹⁸. Em passagem lapidar, o voto do Min. Gilmar Mendes afirma que, “*para além desses desenvolvimentos normativos, a abertura do texto constitucional ao reconhecimento da autonomia do direito fundamental à proteção de dados pode ser identificada na própria jurisprudência desta Corte*”¹⁹.

¹⁵ SRNICEK, Nick. *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2018.

¹⁶ HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

¹⁷ FRAZÃO, Ana. “Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados”, in *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 23/52.

¹⁸ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 105.

¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 6.387, Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em 04.08.2022.

Em resumo, Bruno BIONI²⁰ demonstra que, desse diálogo entre o direito à privacidade (liberdade negativa) e à proteção de dados pessoais (liberdade positiva), o saldo foi o reconhecimento de uma série de liberdades individuais, atreladas à proteção de dados, que não são abraçadas pelo direito à privacidade, modificando o centro gravitacional da discussão da tradicional dicotomia privado/público para um novo rol aberto dos direitos da personalidade.

Acolhendo essa perspectiva, a Lei Geral de Proteção de Dados, mesmo antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 115/2022, já internalizara a disciplina da proteção de dados pessoais como condição para a proteção dos direitos fundamentais e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 1.º), bem como garantia de um ambiente de segurança jurídica para o desenvolvimento econômico-tecnológico e da inovação (art. 2.º). Bruno BIONI aponta que o produto dessa dialética normativa de conciliação de interesses corporifica-se no que se entende por autodeterminação informacional. Segundo esse autor:

O principal vetor para alcançar tal objetivo é franquear ao cidadão controle sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autoriza o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade²¹.

Com uma posição diferenciada, Ingo Wolfgang SARLET apresenta argumentos para justificar que a proteção de dados pessoais vai além da privacidade e da autodeterminação. Segundo o professor:

²⁰ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, pp. 91/96.

²¹ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 99

No que diz respeito ao seu conteúdo (âmbito de proteção), embora sua articulação com o princípio da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e alguns direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, do direito à privacidade e do assim chamado direito à autodeterminação informativa, o direito fundamental à proteção de dados, na condição de direito autônomo (o que não quer dizer sem pontos de contato relevantes) não se confunde com o do objeto da proteção de tais direitos²².

É dizer, não há sobreposição entre autodeterminação informativa e proteção de dados, nem privacidade e outros direitos de personalidade. Em síntese, o direito à autodeterminação tem uma dimensão individual, como a possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão dos seus dados pessoais, e outra coletiva (metaindividual), por se constituir como precondição para uma ordem comunicacional livre e democrática. Já o objeto (âmbito de proteção) do direito à proteção de dados pessoais é mais amplo, porquanto, com base num conceito ampliado de informação, abarca todos os dados que dizem respeito a uma determinada pessoa natural, sendo irrelevante a qual esfera da vida pessoal se referem (íntima, privada, familiar, social), descabida qualquer tentativa de delimitação temática (Sarlet, 2021).

Por tais peculiaridades, conclui Ingo Wolfgang SARLET:

o direito à proteção de dados vai além da tutela da privacidade e da autodeterminação informativa, cuidando-se, de tal sorte, de um direito fundamental autônomo, diretamente vinculado à proteção da personalidade²³.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de dados pessoais: para além da privacidade e autodeterminação informacional*. Conjur, publicado em 16.07.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-15/direitos-fundamentais-direito-protecao-dados-pessoais-direito-subjetivo>. Acesso em 02.10.2022.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais como direito subjetivo*. Conjur, publicado em 15.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-15/direitos-fundamentais-direito-protecao-dados-pessoais-direito-subjetivo>. Acesso em 03.10.2022.

Na prática, Adriane GARCEL²⁴ et al. esclarece que “o âmago do direito à proteção de dados reside na vedação à coleta, processamento e circulação de dados irrestrita sem o consentimento do usuário, que impõe a estruturação de um sistema de segurança para proteção, garantindo a autonomia, autocontrole e autodeterminação do titular²⁵”.

Conquanto haja espaço para divergências quanto à sua exatidão conceitual, o direito à proteção de dados pessoais, enquanto direito fundamental autônomo, possui dupla dimensão: uma subjetiva, ligada à defesa do indivíduo; e outra objetiva, relacionada ao dever de proteção Estatal.

Numa série de artigos ao sítio eletrônico brasileiro Conjur, Ingo Wolfgang SARLET resume que, em relação à proteção de dados, o Estado terá dever negativo de deixar de interferir no direito e o dever positivo de agir criando medidas para sua proteção. E “essa eficácia irradiante ou horizontal, também chamada de *Drittwirkung*, ainda, estende tais deveres ao setor privado²⁶”.

Como direito subjetivo, o direito fundamental à proteção de dados pessoais cumpre uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional. Segundo Ingo SARLET:

Na sua condição de direito subjetivo, e considerado como um direito em sentido amplo, o direito à proteção de dados pessoais se decodifica em um conjunto heterogêneo de posições subjetivas de natureza defensiva (negativa), mas também assume a condição de direito a prestações,

²⁴ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERT, Karen Paiva. “Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica” in *Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto*. 1.ª Edição, Curitiba: Clássica Editora, 2020, pp. 319-344.

²⁵ O maior objetivo encontra-se na garantia de que a pessoa se cientifique acerca de quais dados estão sendo acessados, coletados e armazenados, para qual fim e por quem (Garcel et al., 2021).

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais como direito subjetivo*. Conjur, publicado em 15.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-15/direitos-fundamentais-direito-protecao-dados-pessoais-direito-subjetivo>. Acesso em 03.10.2022.

cujo objeto consiste em uma atuação do estado mediante a disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa.

No tocante à sua eficácia objetiva²⁷, Ingo SARLET explica que “*a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não representa um mero ‘reverso da medalha’ da perspectiva subjetiva*”, para “*desembocar no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais*”²⁸.

Destacam-se as funções de (1) efeito irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, por meio do qual se “*fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais*”. Como efeito decorrente, tem-se o (2) “*fenômeno da constitucionalização do Direito, incluindo o Direito Privado, o que também remete à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*”²⁹, o qual guarda estreita relação com os deveres de proteção estatais (*Schutzpflichten*), caracterizada como função “*desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado [...], no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra*

²⁷ Na lição de SARLET (2021), “o descobrimento e o desenvolvimento da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais – como já é de amplo conhecimento – pode ser reconduzido ao labor da doutrina e da jurisprudência constitucional alemã, notadamente a partir da década de 1950. Nesse contexto, sempre é recordada a paradigmática afirmação do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de dados pessoais e deveres de proteção estatais*. Conjur, publicado em 27.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/direitos-fundamentais-protECAo-dados-pessoais-deveres-protECAo-estatais>. Acesso em 03.10.2022.

²⁹ Também abordada sob a denominação de eficácia horizontal (*Drittwirkung*) ou eficácia em relação a terceiros.

os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares³⁰”.

Desse modo, configurado o direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, sobressaem suas dimensões subjetiva e objetiva, destacando-se o desdobramento da perspectiva objetiva, a qual se expressa, segundo Ingo SARLET, “*sob o aspecto de parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Nesse contexto, há de considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento*”.

A seguir, será apresentada a teoria geral da eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas para viabilizar a análise do arranjo normativo instituído pela lei geral de proteção de dados quanto aos requisitos jurídicos necessários para o tratamento legítimo de dados pessoais com base no legítimo interesse.

3. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy

Ingo SARLET destaca a ideia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas como um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva³¹ dos direitos fundamentais. Já Wilson STEINMETZ e Cristhian Magnus DE MARCO esclarecem que, necessariamente, “analisar a eficácia horizontal é analisar o significado

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de dados pessoais e deveres de proteção estatais*. Conjur, publicado em 27.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/direitos-fundamentais-protacao-dados-pessoais-deveres-protacao-estatais>. Acesso em 03.10.2022.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de dados pessoais e deveres de proteção estatais*. Conjur, publicado em 27.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/direitos-fundamentais-protacao-dados-pessoais-deveres-protacao-estatais>. Acesso em 03.10.2022.

que as normas de direitos fundamentais têm para todo o sistema jurídico³²”.

A controvérsia, que orienta toda a discussão jusconstitucionalista, relaciona-se ao modo (*como*) e à amplitude (*extensão*) desses efeitos. Na lapidar lição de STEINMETZ e DE MARCO (2014), “a questão do *como* é um problema de construção; a da *extensão* é um problema de colisão”.

Com o propósito de sintetizar o estado da arte sobre o assunto, pode-se lançar mão de três construções teóricas.

Há a Teoria da Eficácia Mediata³³ (ou Teoria dos Efeitos Indiretos perante terceiros), segundo a qual os direitos fundamentais, enquanto “decisões axiológicas”, “normas objetivas” ou “valores constitucionais”, influenciam a interpretação e aplicação das disposições de direito privado, em especial no “preenchimento” das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados³⁴.

Para essa teoria, os efeitos não se operam *ex constitucione*. Mas pelos parâmetros dogmático-hermenêuticos do direito privado, cabendo ao legislador o “desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais por meio da criação de normas. Ao juiz compete dar eficácia por meio da interpretação de normas imperativas de direito privado, sobretudo das cláusulas gerais (ordem pública, boa-fé, abuso de direito, etc), as quais serviriam como cláusulas de abertura³⁵ para a influência ou a irradiação dos direitos fundamentais no direito privado” (Steinmetz, 2004).

³² Segundo esses autores, “esse significado depende da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais. Da fundamentalidade formal e da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, assim entendidas, resulta que as normas de direitos fundamentais projetam efeitos não só sobre as relações entre o Estado e os cidadãos (relações de direito público), mas também sobre as relações entre os cidadãos (relações de direito privado)”. STEINMETZ, Wilson e DE MARCO, Cristhian Magnus. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*. Porto Alegre, Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

³³ Formulada por Günter DÜRIG em 1953 e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão a partir do caso Lüth (1958).

³⁴ STEINMETZ, Wilson e DE MARCO, Cristhian Magnus. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*. Porto Alegre, Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

³⁵ Como pontos de irrupção (*einbruchstellen*), conforme expressão de Günter DÜRIG.

Sobre o tema, lapidar a reflexão de Wilson STEINMETZ³⁶:

As normas não incidem como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (como sistema de valores, cujo centro é o livre desenvolvimento da personalidade humana). A correção dessa teoria repousa em que: a) considera e preserva a autonomia privada como princípio fundamental do direito privado, de modo que assegura a identidade, autonomia e função desse ramo do direito como um todo; b) evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, sobrecarregando a jurisdição constitucional. Assim, quanto à teoria da eficácia mediata, que em sua matização mais dura nega a vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais e que em sua matização mais fraca a admite como exceção, a Constituição (tanto a brasileira como a alemã, local onde se desenvolveu essa teoria) se apresenta como uma “ordem fundamental liberal democrática”, ou seja, um constitucionalismo liberal mitigado democrática e socialmente.

Como contraponto, a Teoria da Eficácia Imediata³⁷ (ou Teoria dos Efeitos Diretos perante terceiros) justifica que, dos direitos fundamentais previstos na Constituição, “fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos” (NIPPERDEY³⁸).

Essa teoria postula uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos. Em sua versão “intermediária”, Wilson STEINMETZ explica que o problema da eficácia das normas de direitos fundamentais entre particulares é um problema de colisão de direitos fundamentais, haja vista que, “em razão de a autonomia privada (princípio fundamental de direito privado) ser um bem constitucionalmente protegido, o alcance da eficácia imediata em cada

³⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³⁷ Formulada por Hans C. NIPPERDEY.

³⁸ *Apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

caso concreto deve resultar de uma justificada ponderação dos direitos, interesses ou bens em jogo³⁹”.

Como fundamento para orientar o Estado-juiz, “se há um desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democrático e da separação dos poderes⁴⁰”.

Já há uma terceira teoria, denominada Teoria da Imputação e desenvolvida por Jürgen SCHWABE, a qual sustenta que o Estado se vincula aos direitos fundamentais nas relações entre particulares por decorrerem de direitos de defesa, de maneira que “as violações de direitos fundamentais entre particulares devem ser imputadas ao Estado [...], à medida que ao Estado cabe criar e impor as normas de direito privado. Portanto, os efeitos dos direitos fundamentais entre cidadãos se justificam e se processam pela dimensão defensiva dos direitos fundamentais do cidadão contra o Estado⁴¹”.

Segundo SCHWABE, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Por esse rigor, para Wilhelm Franz CANARIS⁴², é um equívoco aplicar essa teoria às relações negociais privadas.

Coube a Robert ALEXY⁴³ identificar que tais teorias não se encontram em condição de aporia. Bem o contrário: há algo em comum nessas teorias. Todas têm como destinatário o Poder Judiciário, de modo que, no plano da decisão judicial, elas produzem resultados equivalentes.

³⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

⁴¹ STEINMETZ, Wilson e DE MARCO, Cristhian Magnus. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*. Porto Alegre, Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

⁴² CANARIS, Claus Wilhelm. “Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema do direito privado”. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 7, n.º 22, Porto alegre, 2013, pp. 15-20

⁴³ Conhecida como Teoria Integradora de Alexy.

Com efeito, essas teorias não ignoram que a relação cidadão-cidadão é diferente da relação entre cidadão-Estado, porque naquela ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. A consequência intuitiva e mais relevante é que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre cidadãos devem ser modulados. Em última análise, Robert ALEXY⁴⁴ ensina que “a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento”, o que significa que, “em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida”.

Em resumo, tem-se como aspectos em que há consenso nas três teorias: *a*) na relação entre particulares, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais; *b*) por essa razão, a eficácia deve ser matizada; e *c*) a medida da eficácia deve ser definida, em última instância, pela ponderação (sopesamento). Em relação à ponderação, a diferença é que, para a teoria da eficácia mediata, ela deve ser realizada no marco do direito civil válido.

Wilson STEINMETZ e Cristhian Magnus DE MARCO destacam a relevância da contribuição de Robert ALEXY para o debate sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Não existindo uma construção dogmática unitária para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, Alexy propõe um modelo de três níveis, integrando as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação de Schwabe (direitos de defesa contra o Estado)⁴⁵.

Sendo assim, ALEXY propôs um modelo de níveis com os deveres do Estado, com os direitos ante o Estado e com o direito nas relações

⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 521.

⁴⁵ STEINMETZ, Wilson e DE MARCO, Cristhian Magnus. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*. Porto Alegre, Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

entre particulares. A Teoria da Eficácia Mediata (ou indireta) situa-se no nível dos deveres do Estado, cujos princípios objetivos dos direitos fundamentais se projetam sobre todos os âmbitos do direito e obrigam o Estado a tomá-los em conta na legislação e na jurisdição. A Teoria da Imputação (a Teoria de SCHWABE) situa-se no nível dos direitos ante o Estado. Aqui, o particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o Estado-juiz, em suas decisões, considere os princípios objetivos *jusfundamentais* que apoiam a posição do particular⁴⁶. Por último, no terceiro nível, situa-se a Teoria da Eficácia Imediata (ou indireta), cuja definição de Robert ALEXY⁴⁷, “consiste em que, por razões *jusfundamentais*, na relação cidadão/cidadão existem determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências que, sem essas razões, não existiriam”.

Através dessa formulação, ALEXY conclui que a eficácia imediata resulta também da teoria da eficácia mediata e da teoria da eficácia por meio da mediação estatal (teoria de SCHWABE). Essa reconciliação semântica na gramática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais fortalece a noção de uma Constituição mista material procedimental⁴⁸, por meio da qual o texto constitucional não determina todo o conteúdo do direito ordinário (incluído aí o direito privado), mas reconhece que “os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como

⁴⁶ “Esse direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o Tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa” (STEINMETZ, Wilson e DE MARCO, Cristhian Magnus. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy*. Porto Alegre, Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014).

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 524.

⁴⁸ Para Alexy (2008, p. 522), “o fato de uma constituição ter elementos procedimentais e materiais combinados entre si tem importantes consequências para todo o sistema jurídico. Isso significa que, ao lado dos conteúdos que, no sistema jurídico, são simplesmente *possíveis* em relação à constituição, há também conteúdos que são, também em relação à constituição, *necessários* ou *impossíveis*. O fato de as normas de direitos fundamentais estabelecerem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos”.

constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários⁴⁹”.

Identificado o espectro de convivência dos direitos fundamentais entre os particulares, um novo âmbito de incidência se descortina ao princípio da proporcionalidade, o qual é compreendido, segundo Wilson STEINMETZ, como norma (dimensão jurídico-constitucional) e como método (dimensão hermenêutico-aplicativa).

De fato, como norma, a proporcionalidade garante a convivência da autonomia privada, um bem constitucionalmente protegido, dentro do campo de discussão dos conflitos entre direitos fundamentais. A consequência, ressalta Wilson STEINMETZ, é que “a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é condição para a própria efetividade e concordância prática desses direitos (Princípio da Restringibilidade dos Direitos Fundamentais)”. Mas adverte⁵⁰:

As restrições podem ser inadequadas, desnecessárias e desproporcionais. Daí porque à restringibilidade se põe como contraponto a proporcionalidade. Restringibilidade e proporcionalidade são pratos de uma mesma balança. Se há restrição a direito fundamental, então está ordenado o exame de proporcionalidade.

Aqui se abre espaço para se discorrer sobre a importância da proporcionalidade como metodologia racional-discursiva para a solução de conflitos entre princípios⁵¹.

Especialmente no que toca à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o bem jurídico da autonomia da vontade das partes envolvidas deve ser empregado no momento da determinação das relações de

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 543.

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 30.

⁵¹ Teoria dos princípios (ALEXY) tem os seguintes elementos básicos: diferença entre regras e princípios; tese da relação de precedência condicionada (lei de colisão); estruturas de ponderação procedimentalizadas no princípio da proporcionalidade e a tese das prioridades *prima facie*.

precedência condicionada. Ou seja, a autonomia da vontade deve orientar quando e em que condições, no caso concreto, um princípio deve preceder o outro. Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, o qual utiliza a “metáfora do peso”, este equivale a “razões suficientes⁵²”.

E, através da formulação da lei de colisão de ALEXY, indica-se o que precisa ser fundamentado: o resultado que se alcança com a ponderação. Assim, o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra – uma regra de preferência que expressa uma relação de precedência condicionada.

Wilson STEINMETZ esclarece que “a ponderação é o método: primeiro, a mensuração do grau de não-satisfação de um princípio (o princípio restringido). Segundo, avaliação da importância (peso) da realização do outro princípio (o princípio oposto). Terceiro, demonstração da importância da realização do princípio oposto⁵³”. Por fim, reconhece-se a precedência *prima facie*. Para ser superada, exige-se o cumprimento de um ônus argumentativo em favor da preferência do princípio oposto.

E acrescenta que⁵⁴:

Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro. As precedências *prima facie* podem ser argumentativamente usadas como contra-objeção à objeção segundo a qual a eficácia imediata de direitos fundamentais entre particulares medida e modulada pela aplicação do princípio da proporcionalidade poderia instaurar a incerteza jurídica e provocar a erosão normativa do princípio da autonomia privada.

⁵² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 36.

⁵³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 42.

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 48.

Aprofundando a metodologia de ALEXY, o professor Wilson STEINMETZ propôs uma ordem de precedências *prima facie*⁵⁵, em relação à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, elegendo, como fator legítimo de *discrímen*, a igualdade fática dos particulares na relação contratual, como circunstância ou condição relevante de ponderação. O resultado de sua formulação apresenta os seguintes *standards* hermenêuticos⁵⁶: 1) *Particulares em situação de igualdade*, há uma precedência do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; 2) *Particulares em desigualdade*, precedência do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; 3) *Particulares em situação de igualdade*, há uma precedência do princípio da autonomia da vontade ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial; 4) *Particulares em desigualdade*, precedência do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada. Em última análise, trata-se de formar um juízo sobre a qualidade do consentimento do particular cujo direito fundamental foi ou é afetado.

No que diz respeito à eficácia horizontal dos direitos na temática de proteção dos dados pessoais, pode-se ajustar, via de regra, as situações práticas de tratamento de dados à segunda previsão de STEINMETZ,

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 51.

⁵⁶ O professor Virgílio Afonso DA SILVA, não obstante reconhecer a qualidade e inovação do pensamento de STEINMETZ, apresentou as seguintes críticas: “A mim me parece, contudo, que esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares e a razão é trivial: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. E, diante disso, as precedências *prima facie* estabelecidas pelo próprio Steinmetz perdem um pouco de seu sentido, já que mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo”. DA SILVA, Virgílio Afonso. “Direitos Fundamentais e relações entre particulares”. *Revista FGV*. Vol. 01, n.º 01, São Paulo, 2005, pp. 173-180.

uma vez que as relações negociais ocorrem entre particulares em desigualdade fática, bem como por se configurar o direito fundamental à proteção de dados pessoais como uma decorrência da proteção ao livre desenvolvimento da personalidade (direito fundamental de conteúdo pessoal).

Ocorre que a Lei Geral de Proteção de Dados, como marco civil vigente brasileiro, estabeleceu um regime jurídico diferenciado, entre cujas inovações, há um teste de ponderação a ser realizado pelas próprias empresas, antes de iniciarem suas atividades de tratamento de dados pessoais dos titulares com base no legítimo interesse.

As características desse arranjo jurídico e suas repercussões na temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais serão tratadas a seguir.

4. Análise do teste de ponderação do legítimo interesse (*lia*) sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Uma das principais novidades da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) refere-se à exigência de tratamento de dados pessoais com embasamento em uma das hipóteses previstas nos artigos 7.º e 11 (denominadas de bases legais).

Segundo a natureza dos dados tratados, há dez bases legais para os dados pessoais comuns e oito para os dados pessoais sensíveis. E, como adverte Ricardo OLIVEIRA, e Márcio COTS⁵⁷, “*se o tratamento de dados de determinado Controlador não estiver enquadrado em uma base legal, ele é irregular e o Controlador poderá ser punido administrativamente ou processado judicialmente*”⁵⁸.

⁵⁷ OLIVEIRA, Ricardo e COTS, Márcio. *O Legítimo Interesse e a LGPD*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

⁵⁸ Para ambas espécies de dados pessoais, há que se observar os princípios que regulamentam a proteção de dados no país dispostos no art. 6.º da Lei – boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Dentre os propósitos legais, os quais versam desde a execução de políticas públicas até a proteção de bens jurídicos determinados (vida, incolumidade física e crédito), o *legítimo interesse* é a base legal que mais gera discussão, por seu grau de subjetividade.

O fundamento dessa hipótese legal gira em torno da necessidade de se criar uma medida essencial para o empreendedorismo e para a inovação das empresas, de forma a autorizá-las a realizar atividades de tratamento de dados pessoais, mesmo sem o consentimento dos titulares.

A versão brasileira do legítimo interesse recebeu forte influência do direito europeu, reconhecendo Ana Lúcia de Lyra TAVARES que houve uma “apreensão integradora⁵⁹” do instituto ao direito pátrio. E, segundo Bruno BIONI, “o *legítimo interesse* tem sido encarado como a mais flexível das bases legais de tratamento de dados no regime do direito europeu⁶⁰”.

Prossegue o autor explicando que o legítimo interesse serve como “válvula de escape para que as demais bases legais não fossem sobrecarregadas”. Isso porque as quatro bases legais típicas (execução de contrato, obrigação legal, interesse público e proteção de interesses vitais do titular) são aplicáveis em situações específicas. Já em outros casos, seria desnecessário coletar novo consentimento ou por estar dentro de uma relação preestabelecida, ou quando terceiros não tivessem meios para obter tal tipo de autorização, ou por essa autorização inviabilizar o próprio tratamento de dados.

Sendo assim, com a emergência das tecnologias, o legítimo interesse teria alcançado *status* de uma nova “carta coringa regulatória”. Daí porque, na Europa, critérios foram estabelecidos para trazer previsibilidade e segurança jurídica, além de evitar que o legítimo interesse

⁵⁹TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. *A crescente importância do direito comparado*. Disponível em: [www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20\(15\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/19/revista19%20(15).pdf). Acesso em 02.10.2022.

⁶⁰BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 238.

fosse uma “porta aberta” para contornar a obrigação de tratamento para outras bases legais⁶¹.

Conquanto o debate sobre legítimo interesse na Europa aconteça há décadas, tem-se que, em sua primeira fase, não havia detalhes quanto aos critérios para sua aplicação. Em verdade, legítimo interesse se enquadrava como um conceito jurídico indeterminado. O que provocou aplicação divergente entre os países integrantes da União Europeia.

Diante dessa situação, explica OLIVEIRA, Ricardo e COTS, Márcio (2021, p. 100) que:

o Grupo de Trabalho do Artigo 29⁶² para Proteção de Dados Pessoais, órgão da União Europeia dedicado ao estudo e à análise de temas ligados ao tratamento de dados pessoais na vigência da Diretiva 95/46/CE, norma anterior à GDPR, propôs o chamado Teste de Ponderação (balancing test), metodologia que serviria para se determinar qual dos interesses em jogo deve prevalecer ao se utilizar o Legítimo Interesse como base legal de tratamento.

Ou seja,

a propositura do Teste de Ponderação surgiu em 2014 e sugere a “necessidade de adotar uma abordagem pragmática que permita utilizar presunções práticas baseadas no que qualquer pessoa razoável consideraria aceitável nas mesmas circunstâncias (expectativas razoáveis) e baseadas nas consequências da atividade de tratamento de dados para as pessoas em causa (“impacto”). (Oliveira e Cots, 2021, p. 101).

⁶¹ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 239.

⁶² Nessa opinião do Grupo de Trabalho do Artigo 29, havia a previsão de um teste multifatorial com os seguintes passos: 1) Avaliação do interesse legítimo do controlador; 2) Impacto nas pessoas em causa; 3) Equilíbrio provisório; e 4) Garantias complementares para evitar qualquer impacto indevido na vida das pessoas em causa (ARTICLE 29, Data Protection Working Party, p. 33).

Como bem pondera BIONI, Bruno (2021, p. 240), o teste de ponderação “*trata-se de um denominador comum entre os titulares dos dados e os agentes reguladores e da cadeia de tratamento de dados diante da necessidade em assegurar previsibilidade à aplicação da base legal do legítimo interesse*”.

Com os devidos ajustes, esse debate se sucedeu também no Brasil. Bruno BIONI esclarece que, ainda que a base legal do legítimo interesse sequer constasse da primeira versão do anteprojeto da LGPD, já havia um debate frutífero entre, de um lado, parte do setor empresarial (com a defesa de que seria necessário transpor o modelo europeu, diante de um cenário de uso intensivo de dados e de ser contraproducente recorrer a todo momento ao consentimento) e, de outro, parte da academia e da sociedade civil (com o argumento de que a lei brasileira dispusesse do conceito de legítimo interesse acompanhado de requisitos para sua aplicação)⁶³.

Como forma de balancear os direitos em jogo, focou-se na modulação da discricionariedade dos agentes de tratamento de dados, através de previsão de parâmetros de aplicação no próprio texto da LGPD, de modo que se dedicou o Art. 10, exclusivamente, para a base legal do legítimo interesse. Eis a transcrição das previsões normativas para melhor compreensão⁶⁴:

Art. 7.º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: X – 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.

Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas

⁶³ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 240.

⁶⁴ BRASIL. LEI FEDERAL N. 13.709, de 14/08/2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

a partir de situações concretas [...] § 1.º Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados. § 2.º O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse. § 3.º 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.

A estrutura normativa brasileira se deu nos moldes do *legitimate interests assessment (LIA)*, aplicada no contexto europeu da GDPR, o qual segmenta o teste de ponderação em quatro fases.

Com efeito, no *LIA*, há a **Fase 1** – Legitimidade (cabe ao próprio controlador exercer esse juízo de valor da legitimidade do interesse), com seu correspondente, no Brasil, no Art. 10, *caput*, da LGPD, onde se prevê o fundamento a partir de situação concreta e para finalidade lícita. A **Fase 2** – Necessidade (requisitos constitutivos do legítimo interesse como adequação e minimização), com previsão equivalente no Art. 10, §1.º, da LGPD. A **Fase 3** – Balanceamento (legítima expectativa, direitos e liberdades fundamentais), também com previsões equivalentes na lei brasileira nos arts. 6.º, I, 7.º, IX e 10, II. Por fim, a **Fase 4** – Salvaguardas (garantias necessárias quando aplicado o legítimo interesse), com medidas de transparência, segurança, direito de oposição e pseudoanonimização (Art. 10, §§2.º e 3.º, da LGPD).

Para Bruno BIONI, a escolha do legislador brasileiro não foi um “transplante legal” daquilo que vinha sendo desenvolvido na Europa, embora concorde que a LGPD manteve uma divisão que “*arquiteta um circuito decisório que considera não apenas o juízo de valor a ser realizado pelo agente de tratamento de dados, mas, também, pelo próprio titular ou representantes de seu direito*”⁶⁵.

⁶⁵ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 244.

A técnica brasileira do Teste de Ponderação, em síntese, verifica a legitimidade do interesse do controlador, através da enunciação de uma finalidade legítima dentro da articulação de uma situação concreta. Em seguida, deve demonstrar que vai tratar somente os dados necessários para essa finalidade e se não existe outra base legal mais adequada que o legítimo interesse. A essa finalidade, dois fatores foram acoplados pela lei: o respeito às legítimas expectativas do titular e aos seus direitos e liberdades fundamentais.

Vê-se que, a partir dessa fase, entra em cena o momento de efetivo sopesamento dos interesses dos controladores e dos titulares ou terceiros, através da ponderação entre legítimo interesse e legítimas expectativas (outro conceito jurídico indeterminado) ou entre legítimo interesse e direitos e liberdades fundamentais (Art. 10, II, da LGPD).

Para a primeira condicionante legal, Bruno BIONI entende que “*o legislador brasileiro amarrou duplamente os conceitos jurídico-indeterminados da legítima expectativa e do ‘legítimo interesse’ a um elemento bastante tradicional da cultura jurídica brasileira*”⁶⁶. O autor se refere ao princípio geral da boa-fé, presente no Art. 6.º, *caput*, da LGPD, a qual cumpriria a função de modulação em torno da introdução de um conceito jurídico indeterminado até então estranho no Brasil.

Tal solução prestigia o paradigma funcionalista do direito civil-constitucional, ao proporcionar um aparato jurídico orientado pelo marco civil vigente, cuja cláusula geral da boa-fé exerce a função de princípio dos princípios.

Contudo, as dificuldades para se garantir um nível adequado de proteção aos titulares são consideráveis, pois, conforme explicam Ricardo OLIVEIRA e Márcio COTS⁶⁷:

⁶⁶ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 245-246.

⁶⁷ OLIVEIRA, Ricardo e COTS, Márcio. *O Legítimo Interesse e a LGPD*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 114.

No Brasil, inexistente uma teoria robusta sobre expectativas legítimas aplicada ao campo da privacidade. O conceito corrente considera que os sujeitos aderem a relações jurídicas específicas em virtude de representações manifestadas por terceiros, exclusivamente pela confiança depositada na própria relação jurídica, independentemente de uma maior ponderação sobre todas as consequências causais dessa adesão.

Como solução, esses autores defendem que a legítima expectativa do titular dos dados deve corresponder aos fins que lhe foram informados e para os quais consentiu com o tratamento de seus dados pessoais. Desse modo, há uma substituição de um conceito subjetivo para uma análise objetiva de correspondência entre a finalidade informada ao titular e aquela efetivamente dada às informações⁶⁸.

Daniel BUCAR e Mario VIOLA⁶⁹ acrescentam que se pode utilizar, ao mesmo tempo, a ferramenta gradativa do abuso de direito para filtrar casos de contrariedade a valores e princípios, delimitando qual interesse do controlador poderá ser legítimo.

Do mesmo modo, Bruno BIONI reflete sobre possibilidades e limites a partir das lentes do abuso de direito, a partir do direito de oposição previsto na LGPD: não se trata de um direito como exercício potestativo, mas decorrente de uma violação a uma de suas normas⁷⁰. Nas palavras do autor:

Em razão da autodeterminação informacional, a oposição justificada pela não identificação subjetiva da legítima expectativa ao titular dos dados, faz com que o exercício dessa oposição vincule o agente de

⁶⁸ OLIVEIRA, Ricardo e COTS, Márcio. *O Legítimo Interesse e a LGPD*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 119.

⁶⁹ BUCAR, Daniel e VIOLA, Mario. “Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos”, in *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 459/478.

⁷⁰ Art. 18, §2.º – O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das bases legais de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei. BRASIL. LEI FEDERAL N. 13.709, de 14/08/2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

tratamento a cessar, sob pena de estar violando umas das normas da LGPD. Contudo, esse direito do titular não é absoluto, devendo ser controlado pela cláusula geral do abuso de direito. O direito de oposição tende a ser relativizado frente a um interesse coletivo. É uma dialética normativa que coteja a autodeterminação informacional frente aos demais fundamentos da LGPD (art. 2.º)⁷¹.

Portanto, através do crivo da legítima expectativa expressa pelo próprio titular dos dados pessoais, como decorrência de sua autodeterminação informacional, estabelece-se uma espécie de contraditório e ampla defesa, de modo a cumprir uma função de extrema importância para a qualidade desse teste de ponderação⁷².

Adiante, no que diz respeito à segunda condicionante, a LGPD determina que o tratamento de dados pessoais somente pode ocorrer “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**” (Art. 7.º, IX) e “o legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas [...] respeitados [adaptado] os **direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei**” (Art. 10, II).

Aqui, o texto pretendeu o implausível: alcançar um equilíbrio abrangente entre possíveis (até inevitáveis) colisões entre direitos fundamentais. Numa primeira leitura, tende-se a formular uma interpretação dessa condição excepcional como uma restrição ao tratamento de dados

⁷¹ BIONI, Bruno. *Proteção de Dados Pessoais. A função e os limites do consentimento*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2021, p. 249.

⁷² Segundo Sérgio Miguel José CORREIA, o direito de oposição do titular de dados pessoais apresenta uma conformação específica quando se refere à definição de perfis (*profiling*), de modo que “o teste de ponderação imposto pelo n.º 1 do art. 21.º do RGPD é diferente daquele que resulta da alínea f) do n.º 1 do art. 6.º do RGPD: não basta que o responsável demonstre que os interesses, direitos ou liberdades fundamentais do titular não prevaleceram sobre os seus interesses legítimos, mas que estes são, também, imperiosos”. CORREIA, Sérgio Miguel José, “Direito de Oposição à Definição de Perfis”, in: *Anuário da Proteção de Dados*, (coord. Francisco Pereira Coutinho e Graça Canto Moniz), CEDIS, 2022, p. 209.

pessoais com base no legítimo interesse do controlador nos casos em que prevaleçam direitos e liberdades fundamentais.

Ocorre que, mais adiante, o texto delimita tais direitos e liberdades aos que exigirem proteção dos dados pessoais.

Surge, então, um caso de aporia: há direitos e liberdades que não exijam proteção de dados pessoais? Ora, com o exercício desses direitos e/ou liberdades fundamentais, cada pessoa deixa rastros e registros de suas ações. Então, com base em qual critério se diferenciam situações que justifiquem ou não a proteção dos dados pessoais?

O que a previsão normativa pretendeu diferenciar foi o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos demais direitos e liberdades fundamentais que podem ser afetados pelo tratamento de dados pelo controlador com base no legítimo interesse (como o direito à vida, à saúde, à segurança, etc).

Contudo, essa exceção legal não exclui a necessidade de sopesamento (de matização) entre o direito do controlador e dos titulares, para se reconhecer a legitimidade ou não do tratamento de dados a partir dessa base legal.

Nesse sentido, a pretensão do legislador de instituir um regime jurídico dentro de um marco civilista segmentado em fases não tem o condão de afastar ou contornar eventuais controvérsias quanto ao choque de direitos fundamentais em rota de colisão.

Apresentadas as características centrais para tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse do controlador, o problema de pesquisa deste artigo deve ser enfrentado: *O teste de ponderação, utilizado para o tratamento de dados pessoais baseados no legítimo interesse, inova na temática da vinculação dos particulares a direitos fundamentais em relação à metodologia desenvolvida por Robert Alexy?*

A resposta afirmativa justifica-se por três ordens de argumentos.

Primeiro, porque se refere a um sopesamento obrigatório entre direitos fundamentais, realizado por uma das partes envolvidas (o controlador), como condição prévia para o exercício de sua atividade

de tratamento de dados pessoais. É dizer, o marco civil vigente, tido como expressão imediata da proteção de direitos fundamentais, passou a se utilizar de uma técnica típica da hermenêutica constitucional.

Segundo, o teste de ponderação da LGPD ultrapassa a noção de ALEXY no que tange à ponderação como método hermenêutico, em razão de instituir um rito (procedimento) para o reconhecimento de qualquer tratamento válido com base no legítimo interesse. Com efeito, há necessidade, além do efetivo sopesamento dos direitos nas situações concretas, de documentação (para o registro das atividades de tratamento e dos possíveis impactos à proteção de dados pessoais) e de salvaguardas⁷³ (medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais). Desse modo, o teste de ponderação da LGPD fortalece a eficácia horizontal na perspectiva objetiva, pois se criou um rito auto-executável como *conditio sine qua non* para a validade da operação (procedimento) e se outorgou à ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) poderes de fiscalização. Nesse contexto, portanto, há de considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento⁷⁴.

Por fim, mas não menos importante, esse teste de ponderação para aferição do legítimo interesse se direciona, primordialmente, às partes

⁷³ Art. 46, da LGPD: Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. BRASIL. LEI FEDERAL N. 13.709, de 14/08/2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proteção de dados pessoais e deveres de proteção estatais*. Conjur, publicado em 27.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/direitos-fundamentais-protacao-dados-pessoais-deveres-protacao-estatais>. Acesso em 03.10.2022.

envolvidas na relação civil⁷⁵ e não ao judiciário. De fato, cabe ao controlador realizar, de forma documentada, as fases da aferição da legitimidade, da necessidade, do balanceamento e das salvaguardas, após o que se garante o direito de oposição aos titulares como garantia de contraditório.

Atento a essa condição sensível, Daniel BUCAR e Mario VIOLA⁷⁶ ponderam: “*Quem controla o controlador: ANPD ou Judiciário?*”.

Essa preocupação está de acordo com a velocidade das atividades de tratamento de dados pessoais numa economia de larga escala de fluxos informacionais. Assim, qual o modelo mais efetivo: A expertise da ANPD ou a cognição ampla, democrática e morosa da Justiça?

Danilo DONEDA e Mario VIOLA (no prelo) defendem que o judiciário estabeleça “*canais de cooperação com o órgão técnico responsável (ANPD), inclusive para fins de solicitação de parecer técnico sobre o tema ou a modalidade de tratamento de dados*”⁷⁷.

Portanto, o teste de ponderação (LIA) para fundamentar o tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse apresenta regime jurídico inovador. Ele incorporou, para o direito civilista, uma

⁷⁵ Nas relações laborais, a necessidade do tratamento de dados para a execução do contrato de trabalho não será o único fundamento de legitimidade, cabendo, segundo Sergio Coimbra HENRIQUES e João Vares LUÍS, a consideração de que “a invocação de um interesse legítimo para o tratamento pela entidade empregadora, nos termos da alínea f) do número 1 do art. 6.º do RGPD, implica que a própria finalidade do tratamento de dados pessoais deve ser também legítima, o tratamento deve ser realizado mediante métodos ou tecnologias específicas que, por referência a finalidade de tratamento, sejam de considerar estritamente necessários, adequados, proporcionais e aplicados da forma menos intrusiva possível para a privacidade e respeito de outros direitos fundamentais da pessoa singular. Este crivo, demarcadamente apertado, coloca sobre as entidades empregadoras o ônus de assegurar que se encontram aptas a demonstrar que tomaram as medidas adequadas a garantir o necessário equilíbrio entre a prossecução de uma finalidade (legítima) de tratamento de dados e o respeito pelas liberdades e direitos fundamentais dos trabalhadores e as expectativas razoáveis destes na relação com as suas entidades empregadoras”. HENRIQUES, Sergio Coimbra e LUÍS, João Vares, “Consentimento e outros fundamentos de licitude para o tratamento de dados pessoais em contexto laboral”, in: *Anuário da Proteção de Dados*, (coord. Francisco Pereira Coutinho e Graça Canto Moniz), CEDIS, 2019, p. 31.

⁷⁶ BUCAR, Daniel e VIOLA, Mario. “Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos”, in *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 459/478.

⁷⁷ DONEDA, Danilo; VIOLA, Mario. *Relatório sobre a proteção de dados no Brasil. Policy Paper* (no prelo).

técnica própria da hermenêutica constitucional, para dar mais transparência, segurança e controle (*accountability legal*) nas cada vez mais frequentes atividades de tratamento dos dados pessoais por empresas, mesmo sem consentimento de seus titulares. Para além desse escopo, o *LIA* acoplou aos controladores obrigações de índole administrativa (expedição e disponibilização de relatórios), de segurança da informação (medidas de salvaguardas técnicas e operacionais) e de gestão de risco (plano para incidentes de vazamento, por exemplo), tudo sob a fiscalização da ANPD. O que demonstra que o *LIA* está inserido num sistema de proteção de dados a encargo das empresas.

E, nesse contexto, o papel do Poder Judiciário deve se alinhar aos novos tempos, na medida em que, no exercício de suas funções judicantes, o Estado-juiz deve considerar o auto-teste de ponderação pelos controladores e a atuação normativa e fiscalizatória da ANPD, de forma que se aprofundará seu ônus argumentativo quando for acionado em nome de último guardião dos direitos fundamentais.

5. Conclusão

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados inovou no sistema legal de proteção de dados ao visar a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, em pretensa harmonia com o desenvolvimento econômico tecnológico e a inovação, a livre iniciativa e concorrência e a defesa do consumidor.

Por outro lado, considerando que os dados se tornaram um dos bens mais preciosos na atualidade (chegam a ser equiparados ao petróleo) e sua relevância para todas as esferas da vida social, econômica, política, cultural, ambiental e jurídica, há a necessidade de se assegurar a eficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais também na esfera das relações entre particulares, em especial por se tratarem de atores privados dotados de elevado poder econômico e social.

Nesse sentido, o tratamento de dados pessoais, para que respeite os direitos individuais dos titulares e para que não seja utilizada para embarçar o empreendedorismo no país, deve obedecer princípios estabelecidos e somente ser realizado quando atender a requisitos legais bem delimitados.

Uma dessas bases legais é o Legítimo Interesse, através do qual as empresas, como controladoras dos dados pessoais dos titulares, podem realizar operações de tratamento independentemente do encaixe em qualquer outra base legal e mesmo sem consentimento da pessoa titular dos dados.

Como instrumento de equilíbrio dessa operação em relação aos direitos de privacidade e de personalidade dos titulares de dados pessoais, a lei previu que somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados, cabendo ao controlador garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

No Brasil, houve uma escolha do legislador em não fazer um transplante legal daquilo que vinha sendo desenvolvido no contexto europeu, mas sim, em desenvolver um modelo de teste de legítimo interesse em fases dispostas no art. 10 da LGPD. Essa estratégia normativa corresponde a uma corporificação textual de uma solução possível para as hipóteses de conflitos de direitos fundamentais entre particulares.

Com isso, pode-se mobilizar esse teste de ponderação previsto na LGPD para uma discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, este artigo pretendeu responder ao seguinte problema: *O teste de ponderação, utilizado para o tratamento de dados pessoais baseados no legítimo interesse, inova na temática da vinculação dos particulares a direitos fundamentais em relação à metodologia desenvolvida por Robert Alexy?*

A resposta afirmativa justificou-se, em síntese, pelos argumentos adiante: primeiro, porque se refere a um sopesamento obrigatório entre direitos fundamentais, realizado pelo controlador, como condição

prévia para o exercício de sua atividade de tratamento de dados pessoais. É dizer, o marco civil vigente, tido como expressão imediata da proteção de direitos fundamentais, passou a se utilizar de uma técnica típica da hermenêutica constitucional. Segundo, esse teste de ponderação ultrapassa a noção de Alexy no que tange à ponderação como método hermenêutico, em razão de instituir um rito (procedimento) para o reconhecimento de qualquer tratamento válido com base no legítimo interesse. Com efeito, há necessidade, além do efetivo sopesamento dos direitos nas situações concretas, de documentação (para o registro das atividades de tratamento e dos possíveis impactos à proteção de dados pessoais) e de salvaguardas (medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais). Desse modo, o teste de ponderação da LGPD fortalece a eficácia horizontal na perspectiva objetiva, pois se criou um rito auto-executável como *conditio sine qua non* para a validade da operação (procedimento) e se outorgou à ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) poderes de fiscalização. Nesse contexto, portanto, há de considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento. Por último, esse teste de ponderação se direciona, primordialmente, às partes envolvidas na relação civil e não ao judiciário. De fato, cabe ao controlador realizar, de forma documentada, as fases da aferição da legitimidade, da necessidade, do balanceamento e das salvaguardas, após o que se garante o direito de oposição aos titulares como garantia de contraditório.

Portanto, nesse contexto, o papel do Poder Judiciário deve se alinhar aos novos tempos, na medida em que, no exercício de suas funções judicantes, o Estado-juiz deve considerar o auto-teste de ponderação pelos controladores e a atuação normativa e fiscalizatória da ANPD, de forma que se aprofundará seu ônus argumentativo quando for acionado em nome de último guardião dos direitos fundamentais.