



13 de setembro de 2023

RECOMENDAÇÕES DA BSA À ANPD SOBRE O ESTUDO PRELIMINAR PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS COM BASE NO LEGÍTIMO INTERESSE

A BSA | A Software Alliance (BSA) ¹ acolhe a oportunidade de fornecer feedback à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre o seu Estudo Preliminar para o Tratamento de Dados Pessoais com Base no Legítimo Interesse.

A BSA é a principal defensora da indústria global de software perante governos e no mercado internacional. Nossos membros são empresas business-to-business que criam os produtos e serviços de tecnologia que alimentam outras empresas, incluindo serviços de armazenamento em nuvem, software de gerenciamento de relacionamento com o cliente, serviços de gerenciamento de identidade e software de colaboração no local de trabalho. Os membros da BSA investem significativamente em privacidade e segurança, e fizeram da proteção da privacidade dos dados de seus clientes uma prioridade máxima.

A BSA oferece suporte a regras de proteção de dados baseadas em riscos, neutras em tecnologia e flexíveis. Congratulamos a ANPD por seus esforços para desenvolver o Estudo Preliminar, que pode estabelecer orientações úteis para as empresas sobre como aplicar a base do legítimo interesse para o tratamento sob a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Cabe destacar que, rotineiramente, as empresas processam dados baseadas no legítimo interesse que ajudam os indivíduos de várias maneiras.

Legítimo interesse é uma base importante para o processamento

Agradecemos o reconhecimento da ANPD da importância do legítimo interesse como base para o processamento sob a égide da LGPD. As organizações dependem regularmente do legítimo interesse no processamento de dados pessoais para beneficiar tanto os consumidores quanto as empresas. Por exemplo, a fim de melhorar a segurança e se proteger contra fraudes as empresas processam frequentemente dados sobre sua rede com base no legítimo interesse.

Nesse sentido, incentivamos a ANPD a aperfeiçoar o Estudo Preliminar com o objetivo de esclarecer como as empresas podem se valer do legítimo e incentivar o uso dessa base legal. Portanto, confiar no legítimo interesse é fundamental para cumprir a abordagem da LGPD de fornecer um amplo conjunto de bases legais para as empresas processarem dados pessoais, em vez de depender de uma única base legal, como o consentimento. De fato, há um reconhecimento generalizado de que as leis de privacidade que dependem exclusivamente do consentimento aumentam os encargos sobre os titulares de dados com pouco benefício para eles, levando à fadiga do consentimento, porque podem

¹ Os membros da BSA incluem Adobe, Alteryx, Atlassian, Autodesk, Bentley Systems, Box, Cisco, CNC/Mastercam, Databricks, DocuSign, Dropbox, Elastic, Graphisoft, IBM, Informatica, Juniper Networks, Kyndryl, MathWorks, Microsoft, Okta, Oracle, Prokon, PTC, Rubrik, Salesforce, SAP, ServiceNow, Shopify Inc., Siemens Industry Software Inc., Splunk, Trend Micro, Trimble Solutions Corporation, TriNet, Twilio, Unity Technologies, Inc., Workday, Zendesk e Zoom Video Communications, Inc.

exigir que os titulares dos dados forneçam consentimento para uma multitude de processamentos, como aquele feito para entregar bens e serviços solicitados por um determinado consumidor. O uso responsável do legítimo interesse para o tratamento criará benefícios tanto para os indivíduos quanto para as organizações na medida em que haverá a garantia que os dados pessoais sejam tratados de forma confiável e de acordo com as disposições da LGPD.

Entendemos que o Estudo Preliminar reconhece que as organizações que confiam no interesse legítimo devem conduzir uma avaliação em três fases, focadas em: (1) finalidade do processamento, (2) necessidade de processamento e (3) aplicação de um teste de equilíbrio e salvaguardas correspondentes.

Nossos comentários abordam cada fase dessa avaliação, sugerindo revisões que se destinam a ajudar as organizações a confiarem no legítimo interesse como base apropriada para o processamento de dados.

Primeira Fase: Objetivo a Ser Alcançado pelo Processamento

Na primeira fase de avaliação da aplicação do legítimo interesse para o processamento, as organizações devem verificar a natureza dos dados pessoais a serem processados, incluindo se os dados são dados sensíveis ou dados de crianças, que estão sujeitos a restrições adicionais. Em seguida, a organização deve identificar o interesse em questão, que deve ser considerado legítimo se preencher três condições: (1) compatibilidade com o ordenamento jurídico; (2) o interesse é baseado em situações concretas, não em cenários abstratos ou especulativos, e (3) o interesse está ligado a propósitos legítimos, específicos e explícitos. O Estudo Preliminar deixa claro que a participação pode ser detida pelo controlador ou por um terceiro, embora o controlador continue responsável por provar que a norma é atendida.

Recomendamos duas revisões para esta seção do Estudo Preliminar:

- *Primeiro: O Estudo Preliminar deve incluir exemplos adicionais de interesses legítimos a serem alcançados pelo processamento.* A LGPD reconhece diversos exemplos de interesses legítimos, entre eles o apoio e a promoção da atividade do controlador, a proteção da capacidade do titular de exercer seus direitos e a prestação de serviços que beneficiem o titular dos dados, levando em conta suas legítimas expectativas e direitos e liberdades fundamentais. Encorajamos a ANPD a incluir exemplos adicionais no Estudo Preliminar de outros potenciais interesses legítimos, para apoiar ainda mais o uso regular desses fundamentos para o processamento. Por exemplo, no Reino Unido, o *Information Commissioner's Office* emitiu orientações reconhecendo diversas atividades como sendo de legítimo interesse, incluindo o uso de dados de clientes ou funcionários, marketing, prevenção de fraudes, transferências intragrupo ou segurança de TI, embora reconheça que esta não é uma lista exaustiva.² Encorajamos a ANPD a considerar o reconhecimento desses e de outros interesses como potenciais interesses legítimos.

Instamos especificamente a ANPD a considerar a promoção do uso de legítimo interesse quando as organizações processam dados pessoais com a finalidade de identificar potenciais vieses e discriminação em um sistema de IA. Testar sistemas de IA para vieses beneficia todos os indivíduos que podem ser afetados por um sistema de IA, mas os testes podem ser mais robustos quando um sistema é testado contra uma ampla gama de dados, alguns dos quais podem ter sido coletados para outros fins. Acreditamos que identificar e mitigar potenciais

² UK Information Commissioner's Office, Interesses Legítimos, *disponível em* <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/lawful-basis/a-guide-to-lawful-basis/lawful-basis-for-processing/legitimate-interests>.

vieses nos sistemas de IA é fundamental para o desenvolvimento responsável de tecnologias de IA e encorajamos a ANPD a apoiar esse processamento como um potencial interesse legítimo.

- *Segundo: a seção 2 do Estudo Preliminar deve ser reorganizada, para melhor se alinhar com a avaliação trifásica identificada pela ANPD.* Especificamente, as seções 2.6 (sobre direitos e liberdades fundamentais) e 2.7 (sobre expectativas legítimas do titular) devem ser realojadas. Esses tópicos aparecem atualmente no meio da Seção 2, após a discussão do Estudo Preliminar sobre os propósitos a serem alcançados pelo processamento (i.e., Fase Um), mas antes da discussão da necessidade desse processamento (i.e., Fase Dois). Mas ambos os tópicos são centrais para a Fase Três da avaliação, sob a qual as organizações aplicam um teste de equilíbrio. Sugerimos reordenar esta seção do Estudo Preliminar, para melhor alinhamento com a abordagem trifásica da ANPD.

Segunda Fase: Necessidade de Processamento

Na segunda fase da avaliação, o responsável pelo tratamento deve identificar se o tratamento baseado no legítimo interesse é necessário para alcançar os interesses identificados. Isso se alinha à afirmação da LGPD de que as organizações que processam dados com base no legítimo interesse do controlador só podem processar dados pessoais "estritamente necessários para a finalidade pretendida".

Recomendamos duas alterações nesta parte do Estudo Preliminar:

- *Primeiro: O Estudo Preliminar deve enfatizar a importância da razoabilidade na avaliação da necessidade de processamento.* Em vários lugares, o Estudo Preliminar reconhece que as organizações devem considerar a razoabilidade de formas alternativas de processamento ao avaliar a necessidade de processamento. Por exemplo, o parágrafo 53 afirma que a avaliação da necessidade é considerar "se o tratamento é proporcional e adequado para a finalidade pretendida, ou se existem outros meios razoáveis para atingir essa finalidade sem processar os dados". Encorajamos a ANPD a enfatizar este ponto ao longo do Estudo Preliminar. Por exemplo, no Modelo de Teste Simplificado do Anexo II, as questões da Parte 2 poderiam ser atualizadas para exigir claramente uma avaliação da razoabilidade. Na seção de processamento e finalidade pretendida, a Pergunta 2 poderia ser revista para perguntar: "É possível usar outros meios razoáveis para atingir a mesma finalidade de forma menos intrusiva para o titular de dados pessoais?" Da mesma forma, na seção de minimização, a Questão 2 poderia ser revisada para perguntar: "Existem outros meios razoáveis para usar dados menos intrusivos para atingir os mesmos propósitos?"
- *Segundo: O Estudo Preliminar deve abordar mais explicitamente como as organizações podem considerar os custos de processamento ao avaliar a necessidade de processamento.* Como reconhece o Estudo Preliminar, embora seja "importante priorizar formas menos intrusivas de atingir o propósito", as empresas também devem considerar se é possível alcançar [um propósito declarado] de forma menos onerosa".³ O Estudo Preliminar deve reconhecer, ao longo da orientação, que as empresas podem considerar os custos de várias formas de processamento ao considerar opções alternativas.

Fase Três: Teste de Balanceamento

Na terceira fase da avaliação, as organizações devem realizar um teste de equilíbrio que pondere os interesses do controlador ou terceiro e os direitos e liberdades fundamentais dos titulares dos dados.

³ Estudo preliminar, ponto 71 (discussão da segunda fase da avaliação).

O Estudo Preliminar observa que, neste momento, é "necessário avaliar o risco potencial e os impactos sobre os titulares dos dados", além de equilibrar esses riscos com salvaguardas a serem adotadas. Nesta etapa, as organizações devem adotar a perspectiva do titular dos dados.⁴ No entanto, a ANPD deixa claro que "a existência de um possível risco ou impacto negativo sobre os titulares dos dados não exclui, por si só, a possibilidade de tratamento de dados pessoais com base no legítimo interesse".⁵ Pelo contrário, "o que a LGPD exige não é impacto zero, mas que eventuais impactos sejam minimizados e levados em conta na adoção de salvaguardas para garantir que, no caso concreto, prevaleçam os direitos e liberdades fundamentais do titular".⁶

Ao conduzir essa avaliação, o Estudo Preliminar enfatiza as expectativas legítimas do titular dos dados, bem como os riscos e impactos sobre os direitos e liberdades fundamentais.

Nossos comentários se concentram em dois aspectos desta parte do Estudo Preliminar.

- *Primeiro: elogiamos a ANPD por reconhecer que o objetivo do teste de balanceamento não é alcançar impacto zero, mas garantir que os impactos sejam minimizados e levados em conta ao adotar salvaguardas para garantir que os direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados prevaleçam.* Apreciamos o foco do Modelo de Teste Simplificado na identificação dessas salvaguardas e encorajamos a ANPD a expandir ainda mais a discussão sobre salvaguardas à medida que o Estudo Preliminar é revisado.
- *Segundo: o Estudo Preliminar deve ser revisto para incentivar as organizações a aplicarem o teste de balanceamento para cada finalidade, coerente com o texto da LGPD.* Atualmente, o parágrafo 64 afirma que o teste deve ser aplicado para cada "finalidade específica", o que parece ir além das exigências da LGPD e pode, inadvertidamente, desencorajar as organizações a utilizarem o legítimo interesse para o processamento de testes de balanceamento separados necessários para o processamento feito para o mesmo propósito geral. Recomendamos a revisão do Estudo Preliminar para exigir que um teste de balanceamento seja realizado para cada "propósito", em vez de cada "propósito específico".

CONCLUSÃO

Esperamos que nossos comentários ajudem a ANPD a aperfeiçoar ainda mais o Estudo Preliminar, a criar orientações práticas para as organizações que processam dados baseadas no legítimo interesse e a incentivar o uso responsável dessa base para o processamento. A BSA agradece a solicitação de feedback da ANPD e teria o prazer de servir como um recurso para consultas posteriores.

Sinceramente

BSA | The Software Alliance

⁴ Estudo preliminar, ponto 71 (discussão da terceira fase da avaliação).

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*