O MELHOR INTERESSE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E AS BASES LEGAIS APLICÁVEIS AO TRATAMENTO DE SEUS DADOS PESSOAIS

Contribuição do Instituto Alana para a Tomada de Subsídios da ANPD sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes

alana

CRIANÇA e CONSUMO

Novembro/2022

INTRODUÇÃO

O **Instituto Alana**[1] vem, respeitosamente, apresentar contribuição à Tomada de Subsídios da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, lançada em 8 de setembro de 2022 no sítio participa.br, no intuito de contribuir com a garantia dos direitos e melhor interesse de crianças e adolescentes com absoluta prioridade no âmbito das discussões regulatórias relativas à proteção de seus dados pessoais.

1 https://alana.org.br/

Sobre o Instituto Alana

O **Instituto Alana** é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que aposta em iniciativas que buscam a garantia de condições para a vivência plena das crianças e adolescentes. Criado em 1994, conta hoje com programas, plataformas e projetos próprios e com parcerias. É mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial, desde 2013, e tem como missão "honrar a criança[2]".

Com a crescente digitalização da sociedade, o **Instituto Alana** estabeleceu como eixo central de suas ações a defesa dos direitos digitais de crianças e adolescentes, com ênfase na garantia do acesso significativo e inclusivo à Internet e na proteção da privacidade e dados pessoais destes, além da salvaguarda contra qual-

2 A definição de "criança" adotada pelo **Instituto Alana** é a mesma estabelecida pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que a define, em seu artigo 1º, como "todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes". Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 07.10.2021.

quer forma de exploração comercial online – como a publicidade infantil – no Brasil e no mundo, tendo contribuído diretamente para a elaboração do Comentário Geral n. 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU[3].

Para tanto, atua na promoção e proteção de direitos fundamentais de crianças, com base no artigo artigo 227 da Constituição Federal, que determina ser dever do Estado, das famílias e da sociedade, inclusive empresas privadas, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, todos os seus direitos fundamentais e melhor interesse, inclusive no ambiente digital, colocando-os a salvo de toda forma de exploração comercial, violência ou discriminação preconceituosa (art. 5º, *caput* CF).

---

3 Disponível em português em: <https://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/comentario-geral-n-25/>. Acesso em 07.10.2021.

Em síntese, no que diz respeito ao objeto desta tomada de subsídios, o **Instituto Alana** entende que:

»» A ANPD, acertadamente, realizou um estudo preliminar em que considera o estado da arte em relação às principais hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, buscando com isso garantir segurança jurídica aos agentes de tratamento de dados pessoais e a necessária garantia do melhor interesse de crianças e adolescentes;

»» Ao fundamentar a análise na Doutrina da Proteção Integral, nos direitos fundamentais e melhor interesse de crianças e adolescentes (artigo 227 da Constituição Federal; os dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU e do seu Comentário Geral n. 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital e os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescentes), parte a Autoridade das premissas certas para a complexa discussão proposta;

»» Contudo, a ANPD considera que bases legais amplas, como o legítimo interesse e proteção ao crédito seriam compatíveis, ao menos em abstrato, com o melhor interesse de crianças e adolescentes;

»» Ao assim entender, a ANPD propõe formulação em sentido contrário à doutrina da proteção integral, à prioridade absoluta concedida à proteção de seus direitos e à garantia do melhor interesse, sobretudo em sua dimensão interpretativa, possibilitando que bases legais intrinsecamente incompatíveis com estes princípios e regras que regem o Direito da criança e do adolescente no país sejam aplicadas para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes;

»» A ANPD, com efeito, deve reconhecer a hipervulnerabilidade da criança e do adolescente e os altos riscos potenciais a seus direitos fundamentais no tratamento de seus dados pessoais;

»» Considerando que um dos critérios específicos para a existência de tratamento de dados de alto risco é exatamente o tratamento de dados pessoais de crianças e

adolescentes, inclusive por agentes de pequeno porte (Art. 4º, inciso II, alínea "d" do Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte - Resolução CD/ANPD nº 2 de 27 de janeiro de 2022), haja vista o entendimento consolidado juridicamente acerca da hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes, os grandes impactos aos seus direitos e melhor interesse pelo tratamento detrimental de seus dados pessoais e a acentuada assimetria existente entre esses sujeitos e os agentes de tratamento que tratam os seus dados, **essencial que seja encampada a interpretação que mais se coadune com a acentuada proteção que deve ser empregada com relação a esses titulares;**

»» A ANPD, portanto, deve entender pela interpretação que conceda a devida e necessária proteção aos dados pessoais de crianças e adolescentes, impedindo que hipóteses legais que concedem amplos poderes aos agentes de tratamento sejam justificativas para o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes, em detrimento do próprio interesse destes e com violações a suas liberdades e seus direitos fundamentais;

»» Por isso, é essencial que se firme entendimento no sentido de que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve ter como bases legais apenas aquelas destinadas aos dados pessoais sensíveis (artigo 11 da LGPD), além das bases legais do próprio artigo 14 da LGPD, seja porque a própria legislação, de certo modo, equipara-os, exigindo uma espécie de consentimento qualificado, seja porque os dados de crianças e adolescentes pertencem a indivíduos em reconhecida

hipervulnerabilidade, cujo tratamento gera um risco elevado de violação a direitos fundamentais, tal qual a categoria especial de dados apresentada no artigo 5º, inciso II da LGPD. Ao assim entender, de rigor que também se afaste a possibilidade de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes mediante a justificativa das hipóteses legais encampadas nos incisos IX e X do artigo 7º da LGPD;

»» Em todo e qualquer caso, deve ser obrigatória a realização prévia de Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (art. 5º, inciso XVII da LGPD) – considerando o alto risco dos dados manejados em razão da hipervulnerabilidade de seus titulares;

»» Por fim, as discussões no tema de crianças e adolescentes atinentes à Autoridade Nacional de Proteção de Dados não devem cessar com a presente Tomada de Subsídios, sendo essencial que a ANPD reconheça a transversalidade dos direitos de crianças e adolescentes, de modo a considerar o seu melhor interesse em todas as agendas, consultas, estudos e normatizações, em estrito cumprimento à garantia da absoluta prioridade da criança e do adolescente prevista no art. 227 da Constituição Federal e no Comentário Geral nº 25 da ONU sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital.

1. O contexto de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes por instituições públicas e privadas

O cenário mundial aponta para uma ampliação do uso da Internet por todos os públicos, inclusive crianças e adolescentes. Em 2017, segundo dados do UNICEF, **1 a cada 3 usuários da Internet era uma criança**[4] e, em termos comparativos, os jovens são a parcela da população mais conectada[5].

No Brasil, segundo dados da pesquisa TIC Kids Online 2021, do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br), **93% das crianças e adolescentes entre 9 e 17 anos são usuários da Internet**[6], o que também é realidade entre as crianças de menos de 9 anos. A "Pesquisa Panorama - Crianças e Smartphones no Brasil 2021"[7], fruto de parceria entre Mobile Time e Opinion Box, realizada em outubro de 2021, entrevistou quase 2 mil pais e mães e **chegou à conclusão de que 49% das crianças de 0 a 12 anos já possuem o próprio smartphone e 33% delas não têm aparelho, mas usam os de seus responsáveis para se conectarem à Internet.**

Por um lado, o aumento da utilização da Internet por crianças e adolescentes é positivo devido ao acesso constituir-se como um direito no Brasil[8], bem como ao seu potencial de concretizar diversos direitos fundamentais como educação, lazer, cultura, informações sobre saúde e à convivência comunitária e familiar. Todavia, a específica etapa de desenvolvimento biopsicológico que crianças e adolescentes atravessam[9] ocasiona uma direta hiper-

---

4 A definição de "criança" adotada pelo Instituto Alana é a mesma estabelecida pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que a define, em seu artigo 1º, como "**todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes**". Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 17.02.2022.

5 Dado disponibilizado no relatório Children in a Digital World. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/state-worlds-children-2017>. Acesso em: 20.9.2021.

6 Pesquisa **TIC KIDS ONLINE 2021**. Indicador disponível no endereço: <https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2021/criancas/A1C/>. Acesso em: 22.09.2022.

7 A pesquisa "Crianças e Smartphones no Brasil", realizada pelas empresas Mobile Time e Opinion Box, questionou 1.962 pais e mães de crianças de 0 a 12 anos sobre a relação destas com telefones celulares e acesso à Internet. Disponível em: https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/criancas-e-smartphones-no-brasil-outubro-de-2021/. Acesso em: 17.02.2022.

8 O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) traz em seu artigo 4º: A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos;

9 O Estatuto da Criança e do Adolescente é responsável por explicitar a situação de desenvolvimento da criança e do adolescnte no ordenamento jurídico brasileiro, e destina-lhes uma proteção integral e prioritária. Art. 3º Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e **a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.**

vulnerabilidade em relação aos outros atores que compõem o ecossistema digital, especialmente diante de assimétricas relações de poder. Portanto, crianças e adolescentes estão mais expostos aos aspectos negativos deste ambiente, se comparados aos adultos[10]:

> A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elenca quatro categorias de riscos às quais crianças e adolescentes estão expostos quando navegam pelo ambiente digital: riscos de conteúdo, riscos de conduta, riscos de contato e riscos de consumo[12] . Os riscos de conteúdo são aqueles em que crianças e adolescentes recebem passivamente ou são expostos ao conteúdo disponível para todos os usuários da internet em um relacionamento um-para-muitos, incluindo materiais ilegais, prejudiciais, contendo discurso de ódio e desinformação. Os riscos de conduta, por outro lado, ocorrem quando crianças e adolescentes são atores ativos em uma troca entre pares, inclusive quando sua própria conduta tem o potencial de torná-los vulneráveis. Exemplos seriam ações de ódio, comportamentos prejudiciais, ilegais ou problemáticos quando causados pelos próprios usuários[13] . Seguindo a mesma lógica, crianças e adolescentes sofrem riscos de contato quando interagem no ambiente digital. Exemplos seriam (i) quando crianças e adolescentes são expostos a encontros com conteúdos de ódio; (ii) quando o encontro ocorre com a intenção de prejudicar a criança ou o adolescente; (iii) quando o encontro é passível de ação penal; e (iv) quando o encontro é problemático, mas não pode ser enquadrado nas três manifestações de risco anteriores[14] . Por fim, os riscos de consumo, cuja definição é especialmente importante para este relatório, são aqueles a que crianças e adolescentes estão expostos quando são considerados consumidores da economia digital. Isso inclui o contato com marketing digital, perfilamento para fins comerciais, riscos financeiros e de segurança. O documento também aponta riscos interseccionais, quais sejam: privacidade, tecnologias avançadas (como inteligência artificial) e riscos quanto à saúde e bem-estar. É nítido, assim, o acerto do documento em mapear as principais ameaças que as tecnologias de comunicação podem repre-

10 COELHO, João Francisco *et al*. Dados e direitos na infância e adolescência no ambiente digital. São Paulo: 2022, pp. 21-23.

sentar para crianças e adolescentes no atual estágio econômico e informacional em que a sociedade se encontra. Uma tipologia bastante parecida pode ser encontrada em relatório do projeto CO:RE - Children Online Research and Evidence[15][11].

Como visto, as tipologias de riscos do projeto *Children Online Research and Evidence*[12], liderado por Mariya Stoilova e Sonia Livingstone, assim como o relatório *Children in the Digital Environment*[13] produzido pela OCDE, colocam em evidência a relação das crianças e adolescentes com serviços e plataformas digitais e os potenciais problemas que podem advir do intenso uso dos dados pessoais destes usuários por instituições públicas e privadas.

Nesse cenário, além do tempo de uso das telas, o contato com indivíduos mal-intencionados, a qualidade dos conteúdos consumidos por esse público, a possível **exploração de suas vulnerabilidades e de seus dados pessoais enquanto conectado às redes** têm se tornado uma constante preocupação atinente a toda sociedade.

Ao navegarem em espaços digitais que não são apropriados às suas idades[14], as crianças, em especial, podem sofrer danos diversos. Os riscos associados ao consumo, por exemplo, apesar de menos debatidos, são ainda mais danosos, especialmente à privacidade de crianças e adolescentes e à formação de suas personalidades.

Grande parte das redes sociais, plataformas digitais e jogos virtuais consolidaram seus modelos de negócios com base em dados pessoais dos usuários e na captura de sua atenção. Esses dados são obtidos principalmente a partir de três modos: fornecidos pelos próprios usuários; residuais, ou seja, registrados pelo histórico de uso dos serviços; e, por último, inferidos, em geral pelo cruzamento das informações anteriores[15]. Os dados pessoais co-

---

11 COELHO, João Francisco *et al*. Dados e direitos na infância e adolescência no ambiente digital. São Paulo: 2022, pp. 11-10.

12 Disponível em: https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/71817/ssoar-2021-livingstone_et_al-The_4Cs_Classifying_Online_Risk.pdf. Acesso em: 03.11.2022.

13 Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/children-in-the-digital-environment_9b8f222e-en#:~:text=In%202011%2C%20the%20OECD%20adopted,and%20new%20ones%20have%20emerged. Acesso em: 03.11.2022.

14 Ainda que os termos de uso das principais redes sociais como TikTok, Instagram e Facebook vedem a utilização da plataforma por pessoas com menos de 13 anos, essas redes sociais são largamente utilizadas pelo público infantil, vide dados da pesquisa TIC Kids Online de 2021. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2021/criancas/C3/. Acesso em: 03.11.2022.

15 Privacidade e proteção de dados pessoais 2021 [livro eletrônico] : perspectivas de

letados permitem que sejam traçados perfis dos usuários, utilizados para personalizar e operar os serviços digitais.

Uma das principais funções desse perfilamento é a publicidade comportamental, de modo que as empresas e marcas disputam espaço na busca pela atenção de potenciais consumidores. As crianças e adolescentes, quando navegam nesses ambientes, não estão imunes a estas mesmas estratégias, sendo bombardeados com ofertas de consumo diversas, sejam elas contextuais ou baseadas em seus interesses[16]:

> "Os produtos à disposição de crianças e adolescentes também passaram por transformações. A internet não foi pensada com essas pessoas em mente e a sua proteção, de maneira geral, costuma ocorrer através da utilização de filtros tendo como referência o conteúdo feito para adultos. Contudo, a evolução informacional atual permitiu a disponibilização de espaços online criados especificamente para crianças e adolescentes. Assim, de forma lógica, o aumento no tempo e nas interações online produzem diretamente um aumento na quantidade de dados que existem sobre o usuário"[17].

---

indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2021: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil / [editor] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 109, 2022.

16 "A ausência de barreiras eficazes para evitar ou, ao menos, impedir a permanência de crianças e adolescentes nestas plataformas digitais, acaba possibilitando o seu contato com produtos e serviços inadequados à sua idade. No caso de adolescentes, ainda que possam ter uma conta ou acessar alguns destes serviços, deve-se destacar que estes muitas vezes não são pensados para refletirem a específica proteção cabível a este grupo de usuários[106]. Em verdade, há indícios que demonstram que as plataformas não apenas sabem da presença de crianças e adolescentes em seus serviços, como coletam[107], tratam, compartilham e vendem milhões de pontos de dados que servem para publicidade personalizada[108]". FERREYRA, Eduardo et al. A ASCENSÃO DOS MODELOS DE NEGÓCIOS CENTRADOS EM DADOS E O SEU IMPACTO EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES in: **Dados e direitos na infância e adolescência no ambiente digital: caminhos para a proteção jurídica no Brasil e Argentina**. São Paulo, 2022, p. 13-37. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2022/07/dados-e-direitos-na-infancia-e-adolescencia-no-ambiente-digital.pdf. Acesso em: 22.9.2022.

17 Dados e direitos na infância e adolescência no ambiente digital: caminhos para a proteção jurídica no Brasil e Argentina. São Paulo, 2022, p. 40. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2022/07/dados-e-direitos-na-infancia-e-adolescencia-no-ambiente-digital.pdf. Acesso em: 17.10.2022.

Apesar da associação imediata entre coleta e tratamento de dados ao ambiente digital, frisa-se que **não são apenas as empresas de tecnologia que controlam dados pessoais**. Segundo dados da pesquisa Privacidade e Proteção de Dados de 2021: perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil, do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br), 67% das empresas de pequeno, médio e grande porte brasileiras mantêm dados pessoais de usuários e clientes[18] para finalidades que passam pela realização de marketing e perfilamento, como anteriormente descrito, mas também para estudo de novos produtos, melhorias e contato.

Prova absolutamente tangível da constante e desmedida coleta de dados pessoais dos cidadãos é o tratamento de dados pessoais sensíveis[19] dos milhares de usuários do metrô de São Paulo, que utilizam os modais diariamente, inclusive crianças e adolescentes, em razão da instalação de câmeras de reconhecimento facial nas estações. A medida está sendo questionada judicialmente[20], ante a ausência de estudo de impacto à proteção dos dados pessoais, a sua desproporcionalidade e potenciais efeitos negativos aos usuários, especialmente crianças e adolescentes, indivíduos cuja vulnerabilidade é acentuada:

> "[...] a implementação de tecnologias de reconhecimento facial em locais públicos, como metrôs[217], sob a justificativa de aprimoramento da segurança pública, tem sido objeto de apreensão no que tange aos seus impactos nos direitos de crianças e adolescentes. Para além dos problemas relativos à segurança e utilização ilegal dos dados coletados, medidas desse tipo têm sido apontadas como excessivamente violadoras do direito humano à privacidade e alinhadas a um modelo vigilantista e auto-

---

18 Privacidade e proteção de dados pessoais 2021 [livro eletrônico] : perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2021: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil / [editor] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 71, 2022.

19 Dado pessoal sensível é aquele cujo tratamento pode acarretar em maior potencial discriminatório ao titular: Art. 5º, inciso II: dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

20 Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/protecao-de-dados/reconhecimento-facial-metro-de-sp-23032022. Acesso em: 18.10.2022.

> ritário de gestão estatal. Tem-se apontado também que os sistemas de reconhecimento facial, em geral, são pouco confiáveis e reproduzem discriminações raciais[218] , trazendo consigo elevados riscos de que crianças e adolescentes — sobretudo não brancos — sejam acusados de crimes injustamente[219]".

Assim como as instituições privadas, o poder público coleta e trata uma grandiosa quantidade de dados pessoais, inclusive de crianças e adolescentes. A exemplo, segundo dados da pesquisa TIC Educação de 2020, é crescente a manipulação de dados pessoais de crianças e adolescentes por instituições públicas de ensino:

> "Segundo a pesquisa TIC Educação, em 2020, 45% das escolas públicas de Educação Básica utilizavam ambientes ou plataformas virtuais de aprendizagem, percentual que apresentava variações de acordo com o nível de conectividade das escolas, estando mais presentes em instituições localizadas em áreas urbanas (61%), em capitais (71%), em escolas com mais de mil matrículas (79%) e entre as escolas estaduais (72%), onde também era possível observar maior presença e uso de sistemas, plataformas e redes sociais"[21].

Dentre os dados pessoais registrados ou coletados dos estudantes pelas escolas públicas estão dados pessoais cadastrais como nome, endereço e data de nascimento, informações relativas ao desempenho escolar e frequência, assim como informações relacionadas à saúde – como peso, altura, alergias e até mesmo dados biométricos[22].

Desse modo, é inegável que os dados de crianças e adolescentes têm sido alvo de tratamento e coleta tanto no espaço físico como no ambiente di-

---

21 Privacidade e proteção de dados pessoais 2021 [livro eletrônico] : perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2021: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil / [editor] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 110 , 2022.

22 Privacidade e proteção de dados pessoais 2021 [livro eletrônico] : perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2021: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil / [editor] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 110 , 2022.

gital, e, embora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) possua um artigo reservado a esse grupo de titulares, o posicionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados é essencial para garantia da devida proteção desses indivíduos e harmonização com o ordenamento jurídico já positivado em relação à garantia dos direitos de crianças e adolescentes no país.

O §1º do artigo 14 da LGPD, por exemplo, estabelece que o tratamento de dados pessoais de crianças deve ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal. Em razão de sua redação, pode-se entender que a exigência de consentimento específico e em destaque é circunscrita ao tratamento de dados de crianças, **muito embora o *caput* do artigo seja direcionado a crianças e adolescentes**. A redação do referido parágrafo, portanto, tem **aberto margem para interpretações dúbias**, conforme exposto no próprio estudo preliminar, na nota de rodapé de número 19:

> "Para fins deste estudo, consideraremos que o §1º do art. 14 é aplicável apenas ao tratamento de dados pessoais de crianças, conforme decorre de sua redação expressa. Tal entendimento, vale enfatizar, não implica qualquer conclusão acerca da forma de obtenção do consentimento de adolescentes ou, ainda, das relações entre a LGPD e o regime de capacidade civil estabelecido no Código Civil. Como mencionado na Introdução, a análise destas questões não constitui objeto do presente estudo, que se limita a analisar as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes".

Nesse sentido, ainda que, neste momento, a Autoridade tenha escolhido não aprofundar a discussão sobre esse tópico, sua análise está umbilicalmente conectada com as hipóteses legais de tratamento de dados de crianças e adolescentes. Além disso, é imprescindível que todo arcabouço jurídico brasileiro referente à tutela especial destinada a crianças e adolescentes esteja em harmonia, de forma a ser considerado o regime de capacidades do Código Civil, que entende os adolescentes, pessoas de 12 anos completos a 16 anos, como indivíduos absolutamente incapazes para o exercício pessoal de atos da vida civil, portanto, incapazes de fornecerem consentimento para o tratamento de seus dados pessoais.

O **Instituto Alana** entende, considerando-se todo o arcabouço normativo em relação à proteção das crianças e também dos adolescentes, que o mesmo nível de proteção destinado a crianças deve ser destinado aos adolescentes, uma vez que, assim como as crianças, são indivíduos vulneráveis, cujo ordenamento jurídico destina proteção integral e prioritária:

> "Art. 3º A criança e o **adolescente** gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, **todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade**".

Ao ser destinada proteção distinta a esses indivíduos, ainda que em razão de um dito desenvolvimento progressivo, adolescentes de até 16 anos continuam a ser, em âmbito civil, absolutamente incapazes, de modo que o consentimento parental deve ser a regra também para o tratamento de seus dados pessoais. Contudo, para os adolescentes de 16 anos completos a 18 anos incompletos, necessário se faz uma conjugação de consentimentos, de modo que o consentimento também do próprio adolescente se faça necessário.

De todo modo, a Autoridade, com a colaboração do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, especialmente do Conanda, pode estabelecer exceções em que o próprio adolescente, a partir dos 12 anos completos, possa consentir sozinho, desde que seja para a garantia do seu melhor interesse.

Dada a competência da ANPD para deliberação administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação da LGPD (art. 55, inciso J, alínea XX), de rigor a análise deste ponto controvertido por esta Autoridade.

O **Instituto Alana** entende, portanto, que movimentos como o ora realizado pela Autoridade são de crucial importância para aprofundamento dos debates concernentes à proteção de dados de crianças e adolescentes no país e, sobretudo, para a formação de uma cultura de proteção aos dados pessoais, um direito fundamental (art. 5, inciso LXXIX da Constituição Federal). **Essa movimentação em prol dos direitos de crianças e adolescentes, ademais, não deve ser encerrada com esta Tomada de Subsídios**.

Crianças e adolescentes não são cidadãos do futuro; mais do que isso, são cidadãos do presente, cujas informações pessoais estão sob constante tratamento por diferentes agentes, conforme aqui já exposto. Contudo, **apesar de crianças e adolescentes de zero a 19 anos representarem 33% da população brasileira (cerca de 70 milhões de pessoas)[23], ainda são esparsas as discussões no tocante à proteção dos dados pessoais desse grupo de indivíduos**, de modo que é urgente a análise transversal do tema pela ANPD, para que todas as discussões relacionadas a estudos, pesquisas e regulamentações sobre proteção de dados e privacidade considerem o melhor interesse de crianças e adolescentes, reconhecendo-se a proteção integral garantida pelo art. 3º do ECA, inclusive para a formulação de políticas públicas (art. 4º, alínea "E"), e a prioridade absoluta para a garantia dos seus direitos fundamentais, inclusive a proteção de seus dados pessoais.

2. Dados de crianças e adolescente demandam máxima proteção

Como explicitado no tópico anterior, a navegação online coloca crianças e adolescentes defronte a diversos riscos, os quais são especialmente deletérios a este grupo de indivíduos, diante de sua etapa peculiar de desenvolvimento biopsicossocial.

Os riscos de consumo citados no tópico anterior relacionam-se com uma economia digital em ascensão, estabelecidos, portanto, a partir de relações entre os usuários e as gigantes companhias de tecnologia marcadas por uma abissal assimetria de poder e informação:

> "Em sua argumentação, defendem a existência de um **exacerbado desequilíbrio de poder entre os titulares desses dados e o agente responsável pelo seu tratamento, o que significa que esses titulares podem ser incapazes de consentir conscientemente, oporem-se ao tratamento dos seus dados, ou até mesmo exercer seus direitos enquanto titulares dos dados que estão sendo tratados**. Conforme exposto, as crianças são expressamente incluídas nesse grupo vulnerável, de modo que, em síntese, é

23 Dados da Fundação Abrinq relacionados a pesquisa *Cenário da Infância e Adolescência no Brasil 2021*. Disponível em: https://fadc.org.br/noticias/fundacao-abrinq-traca-panorama-da-infancia-e-adolescencia-no-brasil#:~:text=O%20Brasil%20tem%2069%2C8,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20total%20do%20pa%C3%ADs. Acesso em: 18.10.2022.

> possível concluir que o grupo considera a hipótese de **tratamento de seus dados como sendo de alto risco em razão do enorme desequilíbrio existente entre elas e os agentes responsáveis pelo tratamento** de seus dados"[24].

Assim, os riscos à privacidade e à proteção de seus dados pessoais, que atingem todos que navegam por esse espaço, são ainda mais sérios para esses agentes do que qualquer outro grupo social, tendo qualquer tratamento de dados pessoais desses indivíduos um alto risco de impacto aos seus direitos humanos e fundamentais, bem como às suas liberdades e ao seu melhor interesse:

> "Ainda que a Internet tenha aumentado a independência e a autonomia das crianças e dos adolescentes – aspectos tais que são centrais ao seu direito à privacidade –, pois permite que façam várias atividades sem a supervisão física de adultos, é certo que **o aumento da vigilância, da coleta e do tratamento de seus dados pessoais, que as novas tecnologias digitais favorecem, representa uma grave ameaça à sua privacidade, bem como à sua segurança, tendo em vista que a exposição, trânsito ou vazamento de seus dados pode ampliar, inclusive, os riscos de ameaças ou violações de direitos também no mundo offline**[25 26]" (grifos inseridos).

Além de serem muitíssimo mais vulneráveis às práticas deletérias perpetradas no ambiente digital, possuem ainda mais dificuldade de se defenderem delas:

> "Em razão de sua capacidade de discernimento estar em desenvolvimento e evolução, crianças e ado-

---

24 AGUIAR, João Coelho *et al*. **A prioridade absoluta da proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes pela ANPD e por agentes de tratamento de pequeno porte**. Instituto Alana. São Paulo: 2021, p. 24.

25 UNITED NATIONS CHILDREN´S FUND (UNICEF). Discussion Paper Series: Children's Rights and Business in a Digital World. Privacy, protection of personal information and reputation. Unicef, 2017, p. 4. Disponível em . Acesso em: 08.10.2021.

26 AGUIAR, João Coelho *et al*. **A prioridade absoluta da proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes pela ANPD e por agentes de tratamento de pequeno porte.** Instituto Alana. São Paulo: 2021, p. 23.

> lescentes têm **menos condições de compreender a complexidade da sociedade da informação na qual estão inseridos, e condições ainda menores de se defenderem dos abusos que são nela perpetrados. Crianças e adolescentes têm condições mais reduzidas de exercer os seus direitos relativos à privacidade e à tutela de seus dados pessoais**, especialmente diante da altíssima complexidade dos fluxos de informação a que estão submetidos no contexto da sociedade datificada"[27] (grifos inseridos).

No art. 4º, II, 'd' do regulamento de aplicação da LGPD para agentes de pequeno porte, a ANPD reconhece o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes como um dos critérios para que a operação seja considerada de alto risco. Sem qualquer dúvida, a consagração de tal critério por esta Autoridade é bastante acertada e perfeitamente alinhada às particularidades dos titulares de que ora se trata e também a todo o arcabouço normativo positivado no país.

Em razão das vulnerabilidades inerentes ao estágio de desenvolvimento atravessado por crianças e adolescentes, o tratamento inadequado de seus dados pessoais pode acarretar-lhes uma série de ofensas a seus direitos fundamentais e prejuízos ao seu desenvolvimento, inclusive de caráter discriminatório. O uso de dados para fins de manipulação comportamental, direcionamento de conteúdos e *profiling*, por exemplo - práticas hoje tão comuns no contexto da *internet* - pode implicar perdas de oportunidades futuras e estímulos maléficos ao desenvolvimento livre e pleno desses indivíduos[28].

Esses riscos, ainda, são agravados pelo fato de que, por terem seu discernimento em evolução, as crianças e adolescentes são menos capazes de compreender por completo as externalidades negativas a que estão expostos na sociedade da informação, e tomar decisões ponderadas sobre o fluxo de seus dados[29], conforme aqui já exposto.

---

27 AGUIAR, João Coelho *et al*. **A prioridade absoluta da proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes pela ANPD e por agentes de tratamento de pequeno porte**. Instituto Alana. São Paulo: 2021, pp. 23-24.

28 HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; e HARTUNG, Pedro. **A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes**. In MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; e RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 199-225.

29 AGUIAR, João Coelho *et al.* **A prioridade absoluta da proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes pela ANPD e por agentes de tratamento de pequeno porte**. Instituto Alana. São Paulo: 2021.

Por isso, é imprescindível que toda e qualquer edição de normas pela ANPD e a interpretação conferida à LGPD no que tange ao tratamento dos dados pessoais desses titulares seja orientada à maximização de sua proteção e à redução dos riscos que podem advir dessas operações. **De modo diverso, o imperativo constitucional de proteção integral e prioritária aos direitos e interesses das crianças e adolescentes dificilmente se efetivará nas suas relações com o ambiente digital e no âmbito da proteção de seus dados pessoais.**

Importante destacar, a propósito, que o art. 227 da Constituição Federal inaugura no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral, aprofundada e expandida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Trata-se, em linhas gerais, da **consagração da criança e do adolescente como sujeitos plenos de direitos dignos de proteção integral e específica às necessidades de seu particular estágio de desenvolvimento**; proteção essa que deverá ser-lhes conferida pelo Estado, famílias e toda sociedade com absoluta prioridade, por força do mesmo dispositivo constitucional. Crianças e adolescentes, portanto, além de serem detentores dos direitos fundamentais destinados a todos os cidadãos, são destinatários de direitos específicos, relacionados a etapa peculiar de desenvolvimento por eles atravessada.

> "[...] além de um dever expresso pelo artigo 14 da LGPD, **a proteção integral e especial com absoluta prioridade das crianças e adolescentes, seus direitos e melhor interesse é um imperativo constitucional do artigo 227 da Constituição Federal, por serem pessoas em um estado peculiar de desenvolvimento e, portanto, mais vulneráveis. Tal dever e entendimento irradiam-se para todas outras leis infraconstitucionais e regulações que afetam a vida destes indivíduos**, como a próprio Estatuto da Criança e do Adolescente e seu detalhamento do artigo 227, o Código Civil e suas dimensões sobre capacidade jurídica civil, o Código de Defesa do Consumidor e a hipervulnerabilidade presumida de crianças e adolescentes nas relações de consumo e, assim, deve constar nas presentes e futuras regulamentações da LGPD por parte da ANPD"[30].

30 AGUIAR, João Coelho *et al*. **A prioridade absoluta da proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes pela ANPD e por agentes de tratamento de pequeno porte**. Instituto Alana. São Paulo: 2021, p. 26.

É dizer, na prática, que a Constituição Federal - somada a diversos outros diplomas normativos vigentes no Brasil - assegura às crianças e adolescentes **o mais alto nível de proteção a seus direitos e interesses em toda e qualquer situação, inclusive naquelas em que haja conflito entre esses direitos e interesses e os de outros sujeitos**[31]. É esse o imperativo de um projeto de país que coloca deliberadamente as crianças e adolescentes no centro e no topo, em todo e qualquer ambiente ou circunstância, em face de todo e qualquer sujeito público ou privado, individual ou coletivamente considerado.

A própria LGPD reflete esse projeto constitucional ao erigir, no *caput* de seu art. 14, o melhor interesse das crianças e adolescentes como parâmetro central para que se avalie a legalidade do tratamento de seus dados pessoais. A lei é inequívoca: em não sendo o tratamento desses dados realizado no **melhor interesse de crianças e adolescentes**, a operação não poderá ser considerada lícita, afrontando diretamente expressa determinação legal.

Ainda, a lei incorpora expressamente em seu texto o princípio do melhor interesse, manifesto no art. 3º, I da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU. O diploma ocupa hierarquia constitucional[32] no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determina o aspecto material do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, ainda que sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro tenha se dado antes da edição do referido parágrafo pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, diante de uma leitura teleológica do ordenamento, evitando-se anacronismos na interpretação da Constituição Federal[33]. Assim sendo, sua aplicação, com status constitucional, é imediata.

Trata-se o melhor interesse de conceito plurívoco e que deve balizar todas as ações relativas a crianças e adolescentes, inclusive no ambiente digital, nos termos do Comentário Geral n° 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU - documento que detalha a forma como a Convenção sobre os Direitos da Criança deve ser aplicada pelos Estados Partes ao ambiente digital. A propósito:

---

31 Sobre o tema, vide: HARTUNG, Pedro Affonso D. "Levando os Direitos das Crianças a Sério: A absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança." Thomson Reuters - Revista dos Tribunais. São Paulo: 2022.

32 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13a Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2012 pp. 127-129.

33 HENRIQUES, Isabella Vieira. **Direitos Fundamentais da criança no ambiente digital: O dever de garantia da absoluta prioridade**. 2022. Tese (Doutorado) - Pós Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2022, p. 335.

> "12. O melhor interesse da criança é um conceito dinâmico que requer uma avaliação adequada ao contexto específico. O ambiente digital não foi originalmente desenvolvido para crianças, mas desempenha um papel significativo na vida das crianças. Estados Partes devem assegurar que, **em todas as ações relativas ao fornecimento, regulação, design, gestão e uso do ambiente digital, o melhor interesse de cada criança seja uma consideração primordial**[34]." (grifo acrescido).

Os Comentários Gerais são instrumentos de normatização oficiais, emitidos pelos Comitês relacionados aos tratados e convenções da ONU. Desse modo, diante da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 pelo Brasil, inclusive sob status constitucional, por meio de seu decreto 99.710/1990, a Convenção, bem como os Comentários Gerais dela decorridos, devem ser integralmente cumpridos pelo Estado brasileiro.

Mas de que forma, afinal, deve ser entendido o melhor interesse de crianças e adolescentes, consagrado expressamente na LGPD?

A resposta a esta questão pode ser encontrada no Comentário Geral nº 14 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU[35], que cuida especificamente de detalhar a garantia do melhor interesse e orientar a sua aplicação pelos Estados Signatários da Convenção. Segundo o documento, o melhor interesse deve ser compreendido como um conceito dinâmico, cuja aplicação varia a depender da situação concreta, e que deve ser observado sob três diferentes perspectivas:

(i) como direito fundamental: as crianças e adolescentes possuem o direito a ter o seu melhor interesse levado em conta como consideração de ordem primordial em todo processo decisório que lhes diga respeito;

(ii) como princípio jurídico interpretativo: se uma disposição legal estiver aberta a mais de uma interpretação, deve ser adotada aquela que melhor satisfaça o melhor interesse das crianças e adolescentes; e

---

34 Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf

35 Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf>. Acesso em 04.11.2022

(iii) como regra procedimental: sempre que uma decisão puder afetar os direitos e interesses de crianças e adolescentes, o processo decisório deve incluir uma avaliação do potencial impacto da decisão nas crianças e adolescentes afetados.

O Comentário Geral nº 14 diz, ainda, que para o melhor interesse ser observado deve-se, em primeiro lugar, dentro do contexto fático específico, entender quais são os elementos relevantes em jogo dentro de uma abordagem voltada ao melhor interesse e dar a eles concretude e peso; e, na sequência, criar e seguir procedimentos que assegurem a adequada e correta aplicação do melhor interesse[36]. Cabe à ANPD, portanto, elencar os direitos e interesses de crianças e adolescentes em jogo e estabelecer procedimentos, tanto no âmbito de suas decisões quanto nas suas exigências perante os controladores de dados, que garantam a observância do melhor interesse em todos os processos decisórios que envolvam crianças e adolescentes. Como exemplo, pode-se citar a exigência de RIPD dos controladores que tratarem dados pessoais de crianças e adolescentes.

Para a discussão que ora se trava, é especialmente pertinente a compreensão do melhor interesse como vetor hermenêutico, intrinsecamente relacionado aos direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente, uma vez que se busca, justamente, encontrar a interpretação mais adequada do alcance do disposto no art. 14 da LGPD.

Assim, a avaliação das possibilidades interpretativas delineadas pela ANPD quanto às bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes deve, necessariamente, ter como eixo central a sua conformidade ao melhor interesse, com absoluta prioridade, desses titulares - e isso por força do art. 227 da Constituição Federal, das disposições do ECA, do

36 46. As stated earlier, the "best interests of the child" is a right, a principle and a rule of procedure based on an assessment of all elements of a child's or children's interests in a specific situation. When assessing and determining the best interests of the child in order to make a decision on a specific measure, the following steps should be followed: (a) First, within the specific factual context of the case, find out what are the relevant elements in a best-interests assessment, give them concrete content, and assign a weight to each in relation to one another; (b) Secondly, to do so, follow a procedure that ensures legal guarantees and proper application of the right.

que dispõe o art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Comentários Gerais n° 14 e n° 25 emanados pelo Comitê dos Direitos da Criança da ONU e a própria LGPD, todos instrumentos normativos inteiramente aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro. Mais ainda, deve se alicerçar na efetivação da proteção integral e prioritária garantida a essas pessoas pela Constituição Federal e pelo ECA, dando-se concretude e corpo ao conteúdo do melhor interesse.

A pergunta central a ser respondida por esta Autoridade, portanto, é: **qual das interpretações possíveis quanto às bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes é mais compatível com o melhor interesse desses titulares?** Qual das interpretações possíveis poderá garantir a esses sujeitos o maior grau de proteção, inclusive no ambiente digital? Tais questionamentos serão enfrentados nos próximos tópicos desta manifestação.

2.1 A necessária equiparação das hipóteses autorizativas de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes e de dados pessoais sensíveis

Assentadas as bases que devem orientar o debate hermenêutico, resta enfrentar a discussão proposta pela ANPD a respeito das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Em seu estudo preliminar, a Autoridade destaca três possíveis interpretações da norma a serem consideradas: (i) a única base legal aplicável ao tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes seria o consentimento, nos termos do art. 14, §1º da LGPD; (ii) esses dados pessoais poderiam ser tratados somente a partir das bases legais do art. 11 da lei; e (iii) seriam aplicáveis ao tratamento desses dados todas as bases legais dos arts. 7º e 11, conquanto observado o melhor interesse das crianças e adolescentes.

A respeito da primeira linha interpretativa, a ANPD conclui por sua inviabilidade, afirmando que "sua aplicação poderá conflitar com o melhor interesse da criança, podendo, em última análise, dificultar ou inviabilizar o tratamento de dados pessoais em hipóteses legítimas, tais como a adoção de políticas públicas que os beneficiem, ou até mesmo para a tutela de sua saúde em procedimento realizado

por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária." A tese encampada pela Autoridade alinha-se ao enunciado 684 adotado pela IX Jornada de Direito Civil, da Justiça Federal[37]:

> "ENUNCIADO 684 – O art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD) não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança.
>
> Justificativa: A Lei Geral de Proteção de Dados estabelece regras específicas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes em seu art. 14. No entanto, não está claro se apenas o consentimento poderia ser utilizado como base legal para o tratamento de dados ou se as outras bases legais também se aplicariam nesse contexto. **Considerando a interpretação sistemática da lei, é de se entender que o art. 14 não exclui as demais bases legais, desde que elas sejam utilizadas para atender o melhor interesse da criança.**" (grifos inseridos).

O **Instituto Alana** está plenamente de acordo com essa conclusão, visto que a adoção de interpretação tão restritiva acabaria, como destacado, por entrar em conflito com o melhor interesse das crianças e adolescentes e inviabilizar formas de tratamento necessárias à sua concretização. Contudo, o mesmo, com a devida vênia, não pode ser dito das discussões apresentadas por essa I. Autoridade no seu estudo preliminar quanto às demais possibilidades de interpretação.

No que diz respeito à aplicação exclusiva das bases legais do art. 11, a ANPD argumenta que a adoção da interpretação pressuporia a equiparação dos dados pessoais de crianças e adolescentes a dados sensíveis, o que, a seu ver, seria incompatível com a definição desses dados trazida no art. 5º, inciso II da LGPD. Ainda, afirma que da interpretação resultaria a vedação genérica e apriorística de determinadas bases legais, como o legítimo interesse e a proteção ao crédito, mesmo nos casos em que o tratamento assentado nessas bases seria compatível com o princípio do melhor interesse.

37 Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf. Acesso em: 03.11.2022.

O Instituto Alana, contudo, entende que a interpretação que equipara os dados de crianças e adolescentes a dados pessoais sensíveis é aquela que atende ao melhor interesse desses indivíduos e a mais alinhada a uma interpretação sistemática da LGPD, à luz do que dispõe a Constituição Federal, o ECA e as demais normas de proteção à infância. Explica-se.

Posicionamentos doutrinários contundentes apontam que a similitude do consentimento qualificado exigido para o tratamento de dados sensíveis (art. 11, inciso I da LGPD) e dados de crianças e adolescentes (art. 14, §1º da LGPD) reforçam a interpretação sistemática da lei, orientada pelos princípios e regras de proteção à infância, devendo conduzir à conclusão de que os dados de crianças e adolescentes devem ser tratados a partir das bases legais do art. 11[38].

Dito de outro modo, o fato de que a LGPD cuidou de qualificar o consentimento exigido para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes de forma muito próxima àquela exigida para o tratamento de dados pessoais sensíveis revela a preocupação do legislador de que ambas as categorias de dados recebessem o mais alto grau de proteção - e isso porque, como se viu, o tratamento de dados de crianças e adolescentes, bem como o de dados sensíveis, tem o condão de gerar danos significativos aos direitos de seus titulares e desaguar, inclusive, em situações discriminatórias.

Como visto, a própria Autoridade reconhece, em sua Resolução 02/2022 sobre o tratamento de dados realizado por agentes de pequeno porte[39], que o tratamento de dados de crianças e adolescentes é uma das hipóteses de caracterização de alto risco para os direitos dos titulares, justamente por se tratarem eles de indivíduos sabidamente hipervulneráveis. A assimetria de poder e informação entre controladores e titulares dos dados torna-se particularmente acentuada em se tratando de crianças e adolescen-

---

38 HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. **A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes**. *In* MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; e RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 199-225.

39 Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019. Acesso em: 04.11.2022.

tes, e o tratamento detrimental de seus dados pode resultar em uma miríade de prejuízos a seus direitos fundamentais.

Nesta norma, além do reconhecimento de que o tratamento de dados de crianças e adolescentes merece uma tutela específica e diferenciada, há, ainda, uma espécie de equiparação entre os dados pessoais sensíveis e os dados de crianças e adolescentes, vez que, para os fins da caracterização do alto risco, são categorizados na mesma hipótese:

> "Art. 4º Para fins deste regulamento, e sem prejuízo do disposto no art. 16, será **considerado de alto risco o tratamento de dados pessoais** que atender cumulativamente a pelo menos um critério geral e um critério específico, dentre os a seguir indicados:
>
> II - critérios específicos:
>
> d) **utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes** e de idosos" (grifos inseridos).

A inclusão dos dados pessoais de crianças e adolescentes como hipótese de tratamento de alto risco, em nível de igualdade com dados pessoais sensíveis, demonstra com clareza a irradiação da tutela específica, integral e prioritária garantida a crianças e adolescentes enquanto norma constitucional que emana para todo o arcabouço jurídico. Mais do que isso, reafirma a já existente equivalência entre dados pessoais de crianças e adolescentes e dados pessoais sensíveis, uma vez que partem de lugares comuns: consentimento qualificado e potencial elevado de violação a direitos fundamentais.

Ora, a razão pela qual a LGPD elevou determinadas categorias de dados pessoais a dados sensíveis no rol de seu art. 5º, II é justamente em razão dos prejuízos a direitos fundamentais que podem advir do tratamento desses dados, demandando a adoção de maiores cautelas e salvaguardas. Nesse sentido, no Considerando 51 do GDPR, que inspirou a LGPD, lê-se que:

> "Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades

> fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais."[40]

Tendo em vista os prejuízos que podem decorrer do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, é certo que esses dados deverão ser considerados dados sensíveis, entendimento reforçado pela própria LGPD quando esta qualifica o consentimento exigido no art. 14, §1º e art. 11, inciso I de maneira muito próxima.

Quanto à suposta taxatividade do rol do art. 5º, II da LGPD - argumento suscitado pela ANPD em sentido contrário ao entendimento que ora se expõe - há que se destacar que ela é ponto litigioso e bastante questionado pela doutrina mais autorizada. Caitlin Mulholland, em artigo sobre o tema, assevera o seguinte no que tange à definição de dados sensíveis trazida pela LGPD:

> "Em relação ao conceito de dados pessoais sensíveis, estatuiu a LGPD que dado sensível é 'dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural' (art. 5º, inciso II da LGPD). **Ressalte-se que essa definição não é, de forma alguma, taxativa ou exaustiva**. Trata-se de conceito que enumera de maneira exemplificativa algumas das hipóteses em que serão identificados os dados pessoais que tenham natureza sensível. **Isto quer dizer que não somente o conteúdo dos dados previsto neste inciso merecerão a qualificação como dados sensíveis, podendo abarcar outras situações não previstas**".[41] (grifos acrescidos)

A professora prossegue afirmando que o conceito de dados sensíveis abarca quaisquer informações que, uma vez conhecidas

---

40 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>. Acesso em 03.11.2022

41 MULHOLLAND, Caitlin. **Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/144/46/index.html#zoom=z. Acesso em: 24.10.2022.

e processadas, prestam-se a uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva. Pondera, ainda, que dados a priori considerados não sensíveis podem revestir-se dessa qualidade a depender do uso que a eles é dado. Ora, considerando que, como exposto, o tratamento de dados de crianças e adolescentes pode expô-los a uma série de acentuados riscos - o que foi inclusive reconhecido pela própria ANPD - não parece haver qualquer ressalva em **considerá-los como informações cuja utilização tem potencial particularmente lesivo**. Menos ainda, parece haver qualquer contrariedade à LGPD em tratar como sensíveis dados não enumerados no art. 5º, inciso II da lei.

Repisa-se que a interpretação da lei que ora se defende é também a mais alinhada com a proteção integral e prioritária garantida pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive constitucionalmente, às crianças e adolescentes. Categorizando-se os dados desses titulares como dados sensíveis, garante-se a eles o *status* protetivo almejado pelas normas de proteção à infância e confere-se a eles importante camada de proteção contra operações de tratamento menos parametrizadas, como adiante se verá. Vale lembrar que o comando do art. 227 da Constituição Federal garante à criança e ao adolescente proteção contra toda forma de negligência e exploração em toda e qualquer circunstância, e que essa proteção deve balizar a aplicação de todas as normas infraconstitucionais e orientar a sua aplicação. Por essa razão, uma leitura sistemática da LGPD, à luz sobretudo da Constituição Federal, deve conduzir à conclusão de que a **equiparação dos dados de crianças e adolescentes a dados sensíveis é a interpretação mais adequada da lei.**

Subsidiariamente, caso não se entenda pela possibilidade de que os dados pessoais de crianças e adolescentes sejam considerados dados sensíveis, defende-se que sejam a eles equiparados para fins de aplicação exclusiva das bases legais do art. 11 da LGPD. Ainda que se entenda pela taxatividade do rol do art. 5º, inciso II da LGPD, fato é que a interpretação que entende que os dados pessoais de crianças e adolescentes só poderiam ser tratados pelas bases legais do art. 11 não pressupõe, necessariamente, a adoção do entendimento de que esses dados seriam dados sensíveis; basta reconhecer que dados de crianças e adolescentes e dados

sensíveis devem ser tratados a partir das mesmas bases legais - independentemente de pertencerem ou não à mesma categoria de dados - para que a interpretação permaneça hígida.

Veja-se: **afirmar que dados de crianças e adolescentes devem ser tratados exclusivamente por essas bases legais não implica, necessariamente, afirmar que esses dados são dados sensíveis, mas pode-se dar, ainda, pelo reconhecimento de que, por serem duas categorias de dados que necessitam de especiais cuidados, as hipóteses autorizativas de seu tratamento devem ser equiparadas; e essa equiparação é feita pela própria lei, ao qualificar o consentimento exigido para uma e outra categoria de dados da mesma forma**. Também sob essa ótica, não há que se falar em qualquer violação ao art. 5º, inciso II da LGPD.

De maneira geral, a corrente interpretativa em questão não é excessivamente restritiva a ponto de implicar dificuldades práticas aos controladores de dados, que ainda disporiam de diversas bases legais para fundamentar as suas operações de tratamento, tampouco excessivamente ampla, de maneira a colocar os direitos das crianças e adolescentes em xeque e permitir que seus dados sejam tratados de forma pouco balizada. **Há um equilíbrio entre o resguardo dos direitos da criança e do adolescente e os dos controladores de dados, restando atendido, ainda, o princípio do melhor interesse em sua dimensão interpretativa**.

Ainda no que tange à interpretação defendida neste tópico, a ANPD argumenta que ao conduzir à vedação geral de bases legais não previstas no art. 11 da lei, a interpretação pode gerar dificuldades práticas e inviabilizar situações triviais de tratamento de dados desses titulares. Por isso, conclui que a interpretação mais adequada seria a que admite a aplicação de todas as bases legais, portanto, todas aquelas dispostas no rol do art. 7º, para os dados pessoais e art. 11, no caso de dados sensíveis, conforme definição dada pelo artigo 5º, inciso II da LGPD, desde que observado o melhor interesse dos titulares, a ser avaliado em cada caso concreto. Para a Autoridade, isso não implicaria conceder um "cheque em branco" aos controladores dos dados, que ainda se encontrariam vinculados ao melhor interesse e a uma especial cautela no tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes. Nos termos do estudo preliminar:

> "Vale ressaltar que esta interpretação não implica conferir um "cheque em branco" para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. De forma diversa, em qualquer situação, o tratamento deverá ser realizado com maior cautela pelos controladores, sempre com vistas a atender ao princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes. Nesse sentido, essa interpretação não impede que a ANPD venha a estabelecer restrições ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em situações concretas específicas, inclusive quanto ao uso de determinadas hipóteses legais, sempre que for necessário para garantir o respeito ao princípio do melhor interesse e dos demais princípios e regras previstos na LGPD e na legislação pertinente."

Novamente, porém, há contrapontos importantes a serem feitos aos argumentos apresentados, sobretudo à luz do melhor interesse em sua dimensão hermenêutica. Isso porque, encarando-se o presente debate sob o prisma desse princípio interpretativo, **a única conclusão possível é a de que a interpretação que autoriza a aplicação de algumas das bases legais previstas exclusivamente no art. 7º da LGPD - mormente o legítimo interesse do controlador ou do terceiro - não é aquela que melhor se alinha ao resguardo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente**. É o que se passa a explorar no próximo tópico.

2.2 A incompatibilidade do tratamento de dados de crianças e adolescentes a partir das bases legais do legítimo interesse e da proteção ao crédito

Como destacado, a interpretação adotada pela ANPD no estudo preliminar, que autoriza o tratamento de dados de crianças e adolescentes a partir também das bases legais do art. 7º da LGPD, não resiste a um escrutínio à luz da garantia do melhor interesse. Isso porque, **ao adotar interpretação que autoriza o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes a partir das bases legais do legítimo interesse e da proteção ao crédito, previstas, respectivamente, nos incisos IX e X do art. 7º da LGPD, a ANPD confere à lei interpretação menos protetiva a esses titulares, contrariando**

o mandamento constitucional do art. 227, bem como deixando-os expostos a altos riscos a suas liberdades e direitos fundamentais e falhando em observar, assim, o melhor interesse em sua dimensão interpretativa.

Isso porque a **base legal do legítimo interesse constitui-se como aquela com contornos menos definidos dentro da LGPD**. O legítimo interesse do controlador ou de terceiro apto a autorizar o tratamento de dados pessoais é conceito jurídico indeterminado, incluído na legislação para conferir a ela maior flexibilidade. Conforme explicam Paula Pedigone e Marcela Matiuzzo:

> "Existe a percepção de que o legítimo interesse é uma base legal chave da norma, uma vez que, à primeira vista, é mais flexível e pouco "burocrática", isto é não depende de elementos externos autorizativos – por exemplo, uma autorização expressa do titular de dados pessoais, no caso do consentimento, contrato formalizado ou mesmo uma obrigação legal ou regulatória bem definida. Reforçando essa impressão geral em torno da base legal, especialistas europeus estimam que, a partir da vigência do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu (GDPR), cerca de 70% dos processos de tratamento de dados pessoais estariam se dando a partir do legítimo interesse, que encontra previsão similar em referido regramento (Ustaran, 2018)."[42]

Trata-se, portanto, de base legal essencialmente voltada ao atendimento dos interesses dos controladores de dados, razão pela qual, inclusive, sua positivação veio acompanhada de parâmetros que balizam a sua aplicação e visam resguardar os direitos e expectativas dos titulares. No próprio artigo que consagra o legítimo interesse como base legal para o tratamento de dados (art. 7º, inciso IX), há a ressalva de que ele não poderá ser aplicado "*no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais*".

---

42 PONCE, Paula Pedigone; MATTIUZZO, Marcela. **O legítimo interesse e o teste da proporcionalidade: uma proposta interpretativa**. Revista Internet & Sociedade, v. 1, n. 2, 2020, pp. 57-58.

Mais adiante, em seu art. 10, a LGPD estabelece, ainda, outras salvaguardas aos direitos dos titulares quando o tratamento de seus dados for fundado no legítimo interesse, quais sejam: i) reforço do princípio da necessidade; ii) necessidade de adoção de medidas de transparência; e iii) possibilidade de que a ANPD requeira Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) aos controladores nessas hipóteses. A esses critérios, a doutrina mais abalizada ainda acrescenta a obrigatoriedade de um teste de proporcionalidade que ateste a idoneidade da aplicação da base legal[43].

A positivação desses parâmetros, contudo, não impede que o legítimo interesse seja empregado, em razão de sua amplitude, para fundamentar operações de tratamento potencialmente violadoras dos direitos dos titulares, notadamente daqueles em situação de hipervulnerabilidade. Ainda que a lei preveja salvaguardas para resguardar esses direitos, fato é que o controle de sua adequada implementação poderá ser feita pelas autoridades fiscalizadoras, de modo que os controladores podem valer-se da indefinição da base legal para fundamentar operações de tratamento que poderão vir a ser consideradas ilegais.

O direcionamento de publicidade comportamental a crianças e adolescentes em plataformas digitais, por exemplo, costuma ser fundado no legítimo interesse, retirando dos titulares a possibilidade de não consentirem com essas práticas – que podem causar prejuízos diversos a seu desenvolvimento[44].

Na Itália, a plataforma TikTok foi recentemente alvejada por investigações por passar a direcionar anúncios personalizados a crianças e adolescentes a partir da base legal do legítimo interesse, em substituição à do consentimento[45]. Como se nota, a base legal é

---

43 Vide: BIONI, Bruno Ricardo; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. **O legítimo interesse na LGPD: quadro geral e exemplos de aplicação**. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/documentos/legitimo-interesse-na-lgpd-quadro-geral-e-exemplos-de-aplicacao/. Acesso em 27.10.2022.

44 Em estudo recente sobre o marketing digital direcionado a crianças, a Academia Americana de Pediatria conclui que crianças e adolescentes, em etapa única de desenvolvimento e necessidades, tornam-se mais vulneráveis a consequências negativas para a saúde mental, física e saúde financeira, decorrentes do marketing digital. Disponível em: https://publications.aap.org/pediatrics/article/146/1/e20201681/37013/Digital-Advertising-to-Children?autologincheck=redirected?nfToken=00000000-0000-0000-0000-000000000000. Acesso em: 03.11.2022.

45 TikTok: Italian SA warns against 'personalised' ads based on legitimate interest. Disponí-

utilizada para justificar operações de tratamento que não atendem aos direitos dos titulares e, ainda, reduzir a sua possibilidade de objeção a essas operações. A substituição do consentimento pelo legítimo interesse leva o interesse da criança de não ter os seus dados pessoais coletados e explorados comercialmente a segundo plano.

Vale destacar que a publicidade direcionada a partir do tratamento de dados pessoais traz consigo diversos problemas e potenciais afrontas aos direitos dos usuários da Internet em geral. Trata-se, em primeiro lugar, de prática viabilizada por um processo de leilão virtual no qual os dados pessoais do usuário, potencial consumidor, são disputados pelas empresas anunciantes. Assim, em poucos segundos, tem-se um imenso fluxo de dados pessoais e metadados, do qual podem resultar incidentes de segurança que colocam em risco a segurança dos dados em trânsito.

Ainda mais relevante é constatar que a publicidade comportamental é **altamente invasiva à privacidade e intimidade**, uma vez que assentada no perfilamento dos consumidores. A formação de perfis comportamentais com base em histórico de atividades, preferências e hábitos, ainda que sejam essas informações não sensíveis[46], é prática que não apenas invade a intimidade[47] do indivíduo como também possibilita, além de análises preditivas a seu respeito, a modulação de seu comportamento conforme os interesses de terceiros - no caso da publicidade microssegmentada, as empresas anunciantes[48].

---

vel em: https://edpb.europa.eu/news/national-news/2022/tiktok-italian-sa-warns-against--personalised-ads-based-legitimate-interest_en. Acesso em: 26.10.2022.

46 A Lei Geral de Proteção de Dados traz em seu artigo 6º, inciso II a conceituação de dados pessoais sensíveis como: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

47 Ana Frazão defende, amparada nos estudos de Martin Hilbert, que os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que seu próprio companheiro e, até mesmo, mais do que ela própria. Frazão, Ana. Proteção de Dados, inteligência artificial e crianças. *Im:* **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. E-book, p. 87.

48 Ana Frazão defende que os algoritmos podem determinar o destino das pessoas e influenciar o comportamento humano. Frazão, Ana. Proteção de Dados, inteligência artificial e crianças. *Im:* **Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes**. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. E-book, p. 88.

Se, por essas razões, o tratamento de dados pessoais de usuários da Internet em geral para direcionamento publicitário suscita sérias preocupações, ainda mais atenção deve ser despertada quando essas mesmas técnicas são empregadas em relação a crianças e adolescentes, pessoas em etapa peculiar de desenvolvimento, **sendo de todo injusto que a eles seja direcionada publicidade que, por se assentar em perfis comportamentais, tem o condão de manipular, de maneira extremamente intensa e invasiva, a formação dos seus interesses e comportamentos**.

Vale destacar que a publicidade infantil, em qualquer meio, é prática há muito proibida no Brasil. Isso porque o artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) entende como abusiva e ilegal a publicidade que se vale da experiência e deficiência de julgamento da criança[49]. É de se considerar, ainda, que somente entre 8-10 anos as crianças passam a identificar a publicidade como tal, e mesmo aquelas que já desenvolveram essa habilidade não entendem o seu intuito persuasivo[50]. Com isso, dada a etapa peculiar de desenvolvimento infantil, que agrava a já existente assimetria informacional entre fornecedor e consumidor, nas relações de consumo, inclusive publicitárias, crianças devem ser entendidas como pessoas hipervulneráveis. Diante desse quadro, toda comunicação mercadológica direcionada a criança deve ser considerada abusiva, pois explora a deficiência de julgamento destes indivíduos, circunstância inerente à sua idade. Além do já citado artigo, também o artigo 39, inciso IV do CDC[51] entende que os fornecedores de serviços e produtos não devem se prevalecer da vulnerabilidade do consumidor para impingir-lhe seus produ-

---

49 Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva: § 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

50 BJURSTRÖM, Erling. Children and television advertising - A critical study of international research concerning the effects of TV-commercials on childrenReport 1994/95:8. Swedish Consumer Agency. 1994. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/137315965/Children-Tv-Ads-Bjurstrom>. Acesso em 21.10.2022

51 "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) IV - **prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade**, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;" (grifo nosso).

tos ou serviços, prevendo como fator de vulnerabilidade a idade do consumidor. Por sua vez, a Resolução nº 163/2014 do Conanda[52], atendendo o quanto disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e do próprio CDC, define a abusividade da comunicação mercadológica[53] direcionada à criança e ao adolescente e estabelece uma série de critérios para auxiliar na constatação da ilegalidade de uma ação publicitária. Na mesma esteira, o Marco Legal da Primeira Infância determina uma tutela de proteção ainda mais especial quando se está diante de crianças de zero a seis anos[54], definindo como área prioritária para políticas públicas o combate à pressão consumista e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. A própria jurisprudência brasileira é farta em precedentes que entendem pela abusividade e ilegalidade da publicidade direcionada à criança[55], inclusive no ambiente digital[56].

Diante desse cenário legal, e da maior eficiência da publicidade comportamental em induzir desejos de consumo, que faz com que nem mesmo os adolescentes - que, apesar de já estarem em estágio mais avançado de seu desenvolvimento em relação às

---

52 A Resolução nº 163/214 do Conanda aponta como abusivas as comunicações mercadológicas que empreguem técnicas de associação a elementos lúdicos e pertencentes ao universo infantil: Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V - personagens ou apresentadores infantis; VI - desenho animado ou de animação; VII - bonecos ou similares; VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

53 Art. 1ª, § 1º Por 'comunicação mercadológica' entende-se toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado.

54 Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

55 Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/noticias/nova-decisao-do-stj-ratifica--que-publicidade-dirigida-para-crianca-e-ilegal/>. Acesso em: 24.10.2022.

56 Em 2020, a companhia distribuidora de brinquedos Mattel foi condenada pela realização de publicidade infantil no canal de uma youtuber mirim. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/noticias/mattel-e-condenada-por-publicidade-infantil-em-canais-de-youtubers-mirins/. Acesso em: 26.10.2022.

crianças, ainda se encontram em momento inconcluso desse processo - **possam responder com um mínimo de isonomia a esses estímulos publicitários.**

Por essa razão, a vedação do direcionamento de publicidade ao público infantil (artigos 37, 2§ e 39, IV do CDC) deve estender-se também aos adolescentes em se tratando da publicidade microssegmentada. Nesse sentido, a publicidade direcionada a crianças e adolescentes com base em seus dados pessoais, fornecidos, rastreados ou inferidos, deve ser proibida, diante da **evidente ilegalidade da conduta, violação ao melhor interesse, ao direito à privacidade, a proteção dos dados pessoais e aos direitos desses indivíduos a não sofrerem qualquer tipo de exploração, inclusive comercial.**

Este entendimento foi inclusive aprovado no recente Comentário Geral nº 25 sobre os Direitos da Criança em relação ao ambiente digital do Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU:

> "42. **Estados Partes devem proibir por lei o perfilamento ou publicidade direcionada para crianças de qualquer idade para fins comerciais com base em um registro digital de suas características reais ou inferidas, incluindo dados grupais ou coletivos, publicidade direcionada por associação ou perfis de afinidade.** As práticas que dependem de neuromarketing, análise emocional, publicidade imersiva e publicidade em ambientes de realidade virtual e aumentada para promover produtos, aplicações e serviços, também devem ser proibidas de se envolver direta ou indiretamente com crianças.[57]" (grifos inseridos).

Não por acaso, a Academia Americana de Pediatria, fazendo coro à ONU - por meio do seu Comentário Geral n. 25 - recomendam a completa proibição do direcionamento de publicidade comportamental a pessoas de 0-18 anos de idade.

A nível regulatório, também o Digital Services Act, legislação da União Europeia, responsável pela responsabilização de prove-

---

57 Comentário geral n° 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital. Tradução não oficial realizada pelo Instituto Alana. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2022/01/comentario-geral-n-25-2021.pdf. Acesso em: 21.10.2022.

dores de serviços digitais, apresenta, no seu art. 24 b semelhante entendimento:

> "1. Providers of online platforms accessible to minors **shall put in place appropriate and proportionate measures to ensure a high level of privacy, safety, and security of minors, on their service**. 1b. Providers of online platform shall **not present advertising on their interface based on profiling** within the meaning of Article 4, point (4), of Regulation (EU) 2016/679 **using personal data of the recipient of the service when they are aware with reasonable certainty that the recipient of the service is a minor**".[58]

Assim, muito embora o Comitê dos Direitos da Criança da ONU já tenha emitido clara recomendação pela vedação do perfilamento publicitário de crianças e adolescentes, a prática não só segue ocorrendo, como **decorre do tratamento dos dados pessoais destes titulares com base em hipóteses legais abertas, como o legítimo interesse, em total afronta ao melhor interesse de crianças e adolescentes.**

Retornando a atenção ao caso do TikTok, ele é interessante na medida em que demonstra, com clareza, como a positivação de restrições à aplicação do legítimo interesse - inclusive pautadas no melhor interesse de crianças e adolescentes - não impede que a base legal, em razão de sua amplitude, funcione como vetor para violações dos direitos dos titulares. O *General Data Protection Regulation* (GDPR), legislação sobre tratamento de dados aplicável na Itália, afirma em seu art. 6°, 1, alínea 'f', que o legítimo interesse pode ser aplicado para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que não conflite com os direitos e interesses desses titulares[59]. A menção expressa a crianças e adolescentes como

58 Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0269_EN.pdf. Acesso em: 04.11.2022.

59 "Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies: (f) processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where the data subject is a child." (art. 6º, 1, f' do GDPR. Disponível em: https://gdpr-info.eu/art-6-gdpr/. Acesso em 27.10.2022.

limitante da aplicação do legítimo interesse, aliás, joga luz sobre o alto risco envolvido no tratamento dos dados pessoais desses indivíduos. Apesar disso, casos como o mencionado continuam ocorrendo, mesmo sob evidente afronta aos direitos e interesses de crianças e adolescentes. Como fica claro, mesmo na Europa, sob a égide do GDPR, legislação em etapa posterior de maturação e de maior solidez da cultura de proteção de dados, tal disposição não impede que a base legal seja utilizada, justamente, para tolher esses direitos e interesses.

Outro exemplo emblemático e que merece ser aqui comentado é a utilização da base legal do legítimo interesse para o compartilhamento de dados pessoais dos titulares[60]. Em 2021, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) questionou a atualização brasileira da Política de Privacidade do aplicativo WhatsApp, da companhia Meta, à época, Facebook, pela ausência de transparência quanto à base legal utilizada no compartilhamento de informações entre os serviços da companhia. O compartilhamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes com empresas do mesmo grupo econômico ou com terceiros, é medida que expõe os titulares a uma miríade de riscos e pode ser apontada como prática tão atentatória à privacidade como o perfilamento para fins comerciais, seja por uma possível violação da minimização dos dados a serem coletados, manejo inseguro e possíveis vazamentos, extrapolamento das finalidades informadas e ao próprio melhor interesse destes indivíduos. Na própria notificação enviada à ANPD, o IDEC destaca a preocupação com o compartilhamento de dados de crianças e adolescentes para finalidades amplas como "melhoria do serviço":

> "Nesse sentido, a coleta e **o compartilhamento de dados de crianças e adolescentes deveriam ser especialmente restritos àqueles estritamente necessários para sua segurança, não devendo ocorrer para a finalidade de melhoria do serviço** e publicidade, tendo em vista, inclusive, a impossibilidade de realizar publicidade direcionada a este grupo em virtude da sua hipervulnerabilidade,

60 O WhatsApp adota o legítimo interesse para compartilhar os dados dos seus usuários com empresas da Meta e terceiros. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/brazil-privacy-notice/why-and-how-we-process-data. Acesso em: 27.10.2022.

> conforme ditado pelo art. 14, LGPD e sem prejuízo da prática ser considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme expressa previsão do art. 39, IV".[61]

Ainda que, a exemplo do que ocorre na Itália, seja possível aventar uma atuação das Autoridades competentes para suprimir esses tipos de uso ilegítimo da base legal, há que se repisar que essa atuação muitas vezes ocorrerá somente a posteriori depois que as violações aos direitos de crianças e adolescentes já estiverem consumadas. Há, pois, que se lembrar que **o ECA, fazendo coro ao artigo 227 da Constituição Federal, em seu art. 70, entabula o princípio da prevenção, segundo o qual, nos termos da lei, "*é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.*"** Ou seja: a lógica da proteção integral preconizada pela legislação brasileira não autoriza que a simples remediação posterior das violações aos direitos de crianças e adolescentes seja a única postura adotada para resguardar os seus direitos, mas impõe que todos - inclusive agências regulatórias, como a ANPD - atuem proativamente no sentido de garantir que essas violações sequer se materializem. Permitir a aplicação da base legal do legítimo interesse ao tratamento de dados de crianças e adolescentes é, portanto, medida que opera em sentido diametralmente oposto a esses princípios de prevenção e proteção integral e, portanto, à legislação de proteção à infância vigente no Brasil.

O que se conclui é que a amplitude da base legal do legítimo interesse - a qual se presta justamente a garantir maior flexibilidade para que os controladores de dados realizem operações que atendam aos seus interesses, acaba, quando diante de dados pessoais de crianças e adolescentes, por expô-los a maiores riscos, na medida em que viabiliza operações de tratamento menos parametrizadas, mais imprevisíveis e opacas e, portanto, menos garantistas dos direitos potencialmente afetados.

---

61 Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/doc3_whatsapp.pdf. Acesso em: 27.10.2022.

Ora, **está evidente que interpretação da norma que exponha crianças e adolescentes a esses riscos não é aquela que melhor atende à proteção integral dos direitos e interesses dessas pessoas e ao princípio da prevenção, de modo que deve ser afastada pelo princípio do melhor interesse em sua dimensão hermenêutica.**

Mais ainda, levando em conta que as crianças e adolescentes, como já exposto, possuem o direito de serem protegidas preventivamente de qualquer ameaça ou violação a seus direitos, **a aplicação do legítimo interesse ao tratamento de seus dados pessoais não atende ao quanto determinado na segunda parte do art. 7º, inciso IX da LGPD, que impede a aplicação da base legal quando prevaleceram direitos dos titulares, eis que restaria aviltado o seu direito à proteção integral e à prevenção - direitos fundamentais garantidos no ordenamento jurídico brasileiro com absoluta prioridade.**

Ainda mais evidentemente conflitivo é o caso da base legal da proteção ao crédito, cuja aplicação de forma a atender o melhor interesse das crianças e adolescentes parece inconcebível. Sendo essa uma base legal voltada, inteiramente, ao resguardo dos direitos dos credores frente aos titulares dos dados, parece não haver qualquer congruência entre a sua aplicação e um tratamento de dados pessoais que seja realizado no melhor interesse dos titulares crianças e adolescentes (que, aliás, dificilmente poderiam ocupar a posição de devedores), como manda o art. 14, *caput* da LGPD.

Em suma, o que se constata é que as bases legais do legítimo interesse e da proteção ao crédito expõem os titulares dos dados tratados a maiores riscos e potenciais agressões à sua esfera de direitos, seja por serem mais flexíveis, menos parametrizadas, ou voltadas ao atendimento dos interesses dos controladores em detrimento dos seus. Admitir que os dados pessoais de crianças e adolescentes sejam tratados a partir dessas bases legais significa afrontar, portanto, as garantias da proteção integral, da precaução e, sobretudo, do melhor interesse, previstas na Constituição Federal, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na legislação ordinária, incluída a própria LGPD, no *caput* do art. 14.

Por isso, do ponto de vista da proteção das crianças e adolescentes, impedir que o tratamento de seus dados se dê a partir de

bases legais menos parametrizadas e menos alinhadas aos direitos dos titulares implica em proteger o seu melhor interesse e precaver eventuais violações de seus direitos. E se é verdade que, em determinadas situações, bases legais previstas exclusivamente no art. 7º da LGPD podem servir para atender ao melhor interesse desses titulares, é também verdade que, na prática, essas bases legais podem ser facilmente substituídas por outras, mormente quando se prestarem a garantir a proteção da infância.

No caso fornecido no estudo técnico (emprego do legítimo interesse para fundamentar a coleta de dados em ambiente escolar para gerenciamento da rede da escola e proteção de seus usuários), por exemplo, poderia ser aplicada a base legal do art. 11, 'g' da LGPD ou, em última instância, o próprio consentimento.

Mais ainda, a vedação apriorística de determinadas bases legais fomenta a criação de um ambiente de previsibilidade e segurança jurídica, tal como certamente almejado por esta Autoridade. Não sendo aplicáveis, em absoluto, bases legais como o legítimo interesse, os controladores de dados saberão exatamente quando as suas operações estarão se dando dentro dos parâmetros da legalidade e das normas exaradas pela ANPD. Por outro lado, autorizando-se a aplicação do legítimo interesse em determinadas hipóteses, sujeitas a posterior escrutínio quanto à sua conformidade com o melhor interesse, as incertezas permanecem e imediatamente surge a necessidade de prolação de novas normas por esta Autoridade, no sentido de esclarecer quais as cautelas necessárias ao emprego das bases legais exclusivas do art. 7º ao tratamento de dados de crianças e adolescentes.

Por fim, também do ponto de vista da atuação do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente e da própria ANPD, é interessante que haja vedação anterior de bases legais que podem desaguar em maiores prejuízos aos direitos dos titulares, já que, do contrário, esses órgãos ver-se-iam assoberbados com análises casuísticas sobre a conformidade da aplicação de bases legais menos parametrizadas ao melhor interesse das crianças e adolescentes; análises essas que se fariam despiciendas caso fosse adotada interpretação mais garantista a priori, onerando menos os órgãos fiscalizatórios e, ao mesmo tempo, melhor prevenindo vio-

lações aos direitos dos titulares de dados com menos de 18 anos.

Em síntese, pode-se concluir que:

i) a interpretação que autoriza o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes somente a partir das bases legais do art. 11 da LGPD não afronta o art. 5º, inciso II da lei, eis que uma interpretação sistemática da LGPD;

ii) a vedação apriorística de bases legais menos parametrizadas e que oferecem mais riscos a direitos fundamentais atende ao interesse dos controladores (sob a ótica da segurança jurídica), dos órgãos fiscalizatórios (sob a ótica da menor oneração) e, sobretudo, das crianças e adolescentes (sob a ótica da prevenção à violação de seus direitos);

iii) a interpretação em questão é, portanto, a que melhor atende aos interesses das crianças e adolescentes, sem sequer implicar restrições excessivas aos direitos dos controladores dos dados.

Assim, **deve ser a referida interpretação aquela adotada por esta Autoridade, a partir da aplicação do princípio do melhor interesse em sua dimensão hermenêutica (art. 3º, I da CRC e Comentário Geral nº 14 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU) e da doutrina da proteção integral e prioritária insculpida no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e em outros instrumentos normativos.**

Subsidiariamente o **Instituto Alana** toma a liberdade de suscitar uma quarta possibilidade interpretativa não aventada no estudo técnico divulgado pela ANPD, mas que também está alinhada ao melhor interesse das crianças e adolescentes: aquela que admite a aplicação de todas as bases legais dos arts. 7º e 11 ao tratamento

de seus dados pessoais, excluídas as bases legais do legítimo interesse e da proteção ao crédito. Essa possibilidade hermenêutica, detalhada por Elora Fernandes e Filipe Medon em artigo sobre o tema[62], prescinde inteiramente do debate sobre a equiparação ou não dos dados de crianças e adolescentes a dados sensíveis, além de possibilitar a escolha de quais bases legais autorizar ou não para essas operações dentre todas as previstas na LGPD.

Sugere-se, então, que esta Autoridade estude e avalie essa possibilidade interpretativa como alternativa às descritas no estudo, caso permaneça no seu entendimento quanto à inaplicabilidade da terceira corrente interpretativa.

3. Outros tópicos relacionados às bases legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes que devem ser considerados por esta Autoridade

Além dos exemplos citados no tópico anterior, a discussão sobre as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes é pertinente para outros temas que os afetam, enquanto titulares de dados em uma sociedade cada vez mais datificada[63].

3.1 Dados estudantis e plataformização da educação

As Tecnologias Digitais da Informação e Comunicação (TDICs) passaram a integrar diversas áreas da vida em sociedade. O fenômeno da plataformização da sociedade ou "sociedade de plataformas" já tem sido investigado, há algum tempo, sob diferentes perspectivas. As plataformas digitais virtuais estruturam e moldam as interações sociais e seu alimento vital são os dados pessoais gerados pelos seres humanos, os usuários destas ferramentas. Essenciais para a estruturação de diversos setores sociais, as plataformas digitais

62 FERNANDES, Elora. MEDON, Filipe. **Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos.** Revista Eletrônica da PGE RJ, Rio de Janeiro: 2021.

63 Bruno Bioni e Rafael Zanatta, amparados em outros autores, entendem que a datificação é um processo de transformação de todos os aspectos da ação social em dados. A INFRAESTRUTURA JURÍDICA DA ECONOMIA DOS DADOS: dos princípios de justiça às leis de dados pessoais in: Proteção de dados [livro eletrônico] : contexto, narrativas e elementos fundantes / [organização Bruno Ricardo Bioni]. -- São Paulo : B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021, p. 81.

passaram a relacionar-se intrinsecamente a partir das soluções apresentadas pelas gigantes tecnológicas. José Van Djick, uma das principais especialistas no assunto, explica que a plataformização da sociedade ou sociedade de plataformas refere-se a:

> "inextricável relação entre plataformas online e estruturas societais. Muitos dos nossos setores sociais, seja transporte, saúde, educação ou jornalismo, têm se tornado quase inteiramente dependentes das infraestruturas digitais providenciadas pelas cinco grandes empresas de plataformas dos Estados Unidos...".[64]

Esse fenômeno não poupou a educação. A inserção de soluções educacionais tecnológicas nas escolas e instituições de ensino[65] é liderada por grandes empresas de tecnologia. A plataformização da educação foi intensificada após a abrupta transposição do ensino presencial para o ensino a distância, em todos os níveis de educação, pelo período de isolamento social, mas não se pode negar que o processo já estava em curso, pois segundo dados da pesquisa TIC Educação, **em 2019, 14% das escolas públicas urbanas já usavam algum tipo de plataforma de ensino à distância**. Após a quarentena imposta pela pandemia de covid-19, pesquisa realizada pelo Instituto Alana, Educadigital e Intervozes, constatou que **todas as secretarias estaduais brasileiras adotaram plataformas de EaD, sendo que 85% utilizaram plataformas privadas**[66].

Essas informações são importantes, pois a título de fornecerem uma ferramenta gratuita a milhares de unidades escolares, empresas de tecnologia como Google e Microsoft passaram a ter acesso a dados pessoais dos estudantes. Os dados pessoais estudantis podem revelar desde nome, idade, endereços de e-mail e

---

64 A sociedade da plataforma: entrevista com José Van Dijck. Digilabour. https://digilabour.com.br/2019/03/06/a-sociedade-da-plataforma-entrevista-com-jose-van-dijck/. Acesso em: 29 setembro de 2022).

65 Educação em um cenário de plataformização e de economia dos dados [livro eletrônico] : problemas e conceitos / [editor] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo, SP : Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 18, 2022.

66 VERNEK, Iago; MEIRA, Marina; GONSALES, Priscila. **A Escola no mundo digital - dados e direitos de estudantes**. Instituto Alana, São Paulo, p. 06, 2020.

frequência, até dados de saúde, como alergias e informações biométricas, como reconhecimento facial.

> "A partir da inserção de tecnologias na rotina escolar e de ensino, novos dados estudantis entram em jogo. A instalação de câmeras e sensores em ambientes de aprendizagem, por exemplo, permite a captação de imagens biométricas, ou seja, das faces de toda a comunidade escolar - que são consideradas dados sensíveis, e que também vão compor o complexo acervo de dados estudantis[67]".

Além disso, enquanto plataformas que mediam o acesso à Internet, histórico de navegação, tempo de consumo de conteúdos, hábitos na Internet etc, passam a ser algumas das informações que podem ser coletadas dos estudantes sem que estes forneçam conscientemente tais dados. Todos estes metadados, quando cruzados, permitem uma série de extrações, como análise de curva de aprendizado, dados comportamentais, direcionamento de comunicação mercadológica, previsão de consumo e até a seleção - ou não - para uma vaga em uma universidade ou emprego[68], por exemplo.

> "A analítica de aprendizagem (Learning Analytics, no inglês) é outra área que tem sido aprimorada com o uso de plataformas e ambientes virtuais de aprendizagem. Para 41% dos gestores de escolas públicas, as plataformas educacionais utilizadas permitem que os educadores analisem a forma como os estudantes aprendem, 39% dizem que é possível avaliar o progresso da aprendizagem e 29% que é possível realizar análises sobre as características emocionais dos estudantes, como ansiedade, tristeza ou entusiasmo"[69].

---

67 VERNEK, Iago; MEIRA, Marina; GONSALES, Priscila. **A Escola no mundo digital - dados e direitos de estudantes**. Instituto Alana, São Paulo, p. 21, 2020.

68 A título exemplificativo cita-se o caso do jovem Kyle Lawton Behm, sucessivamente barrado em seleções de emprego por um determinado software de seleção de perfis. Disponível em: https://olivre.com.br/o-caso-kyle-behm-e-discriminacao-algoritmica-na-selecao-ao-emprego. Acesso em: 24.10.2022.

69 Privacidade e proteção de dados pessoais 2021 [livro eletrônico] : perspectivas de indivíduos, empresas e organizações públicas no Brasil = Privacy and personal data protection 2021: perspectives of individuals, enterprises and public organizations in Brazil /

A despeito da alta carga de dados pessoais estudantis coletados e tratados por instituições públicas, particulares e plataformas privadas, ainda não está consolidada uma cultura de proteção aos dados pessoais de crianças e adolescentes, especialmente entre as instituições públicas de ensino, **fato que intensifica desigualdades e coloca as múltiplas infâncias, sobretudo aquelas em vulnerabilidade social, sob um maior nível de desproteção, abrindo espaço para a exploração de seus dados pessoais e de sua privacidade**:

> "Segundo dados da pesquisa TIC Educação 2020 (CGI.br, 2021a), 41% das escolas de Educação Básica no Brasil possuíam um documento que definia a política de proteção de dados e de segurança da informação na instituição, **percentual que era de 60% entre as escolas particulares e de 37% entre as públicas** (municipais, estaduais e federais)".

Além dessa acentuada discrepância na importância dada à transparência quanto ao tratamento dos dados pessoais de estudantes entre escolas públicas e privadas, estudo recente da organização não governamental *Human Rights Watch* investigou os tratamentos detrimentais e a violação aos dados pessoais dos estudantes por ferramentas de educação tecnológica (EdTechs) endossadas e utilizadas por diversos governos do mundo em razão da educação à distância empregada pela pandemia de covid-19. No Brasil, a pesquisa focou esforços em oito aplicativos/sites, seis desenvolvidos por empresas privadas e dois deles desenvolvidos por governos estaduais, de São Paulo e Minas Gerais. **O estudo concluiu que todos os aplicativos investigados, apesar de endossados pelos governos estaduais brasileiros, colocaram a privacidade e os dados pessoais de crianças e adolescentes em risco, realizando práticas como coleta excessiva de dados pessoais e compartilhamento de informações com terceiros, inclusive para finalidades comerciais**[70].

[editor] Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. -- São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, p. 111 , 2022.

70 A íntegra do estudo realizado pela Human Rights Watch e intitulado "*How Dare They*

O acima exposto está absolutamente conectado com a discussão aqui levatanda, uma vez que o perfilamento de crianças, também a partir de seus dados estudantis, pode se valer de bases como o legítimo interesse, renegando o melhor interesse dos estudantes para privilégio de interesses dos controladores.

Por outro lado, em sendo determinado por esta Autoridade que o legítimo interesse é uma das bases legais inaplicáveis para o tratamento de crianças e adolescentes, estar-se-ia protegendo também os dados estudantis desse grupo de indivíduos, uma vez que os tratamentos de dados desses indivíduos, legitimamente amparados no melhor interesse, continuariam a ser possíveis, em razão da existência de bases legais relacionadas ao tratamento de dados pelo poder público para cumprimento de determinações relacionadas, por exemplo, a políticas públicas educacionais (Art. 11, inciso II, alínea "b" da LGPD) ou a contratos, quando o agente de tratamento é uma instituição privada (Art. 11, inciso II, alínea "b" da LGPD).

Diante desse cenário, é urgente que crianças e adolescentes tenham garantido o acesso à educação de forma protegida, isto é, sem que sejam submetidos a constante vigilância digital. **O direito à educação não pode ser via para a exploração comercial infantil**.

Por isso, pede-se que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados considere o cenário acima descrito e enfrente o debate sobre a normatização do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes por instituições de ensino e plataformas digitais educacionais como uma de suas pautas prioritárias, **considerando o acima exposto para parametrizar as conclusões sobre as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes.**

Peep into My Private Life?" pode ser acessado em inglês pelo seguinte link: *https://www.hrw.org/report/2022/05/25/how-dare-they-peep-my-private-life/childrens-rights-violations-governments*. Acesso em: 24.10.2022. O Resumo Executivo da publicação está disponível em português: https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2022/07/Portuguese_EdTech%20Report_Sum%26Recs.pdf. Acesso em: 24.10.2022.

3.2 Guia Prático para o tratamento de dados de crianças e adolescentes

Conforme exposto em toda a contribuição até aqui, os desafios relacionados ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes são complexos e refletem uma miríade de oportunidades e riscos. **Diversas agências regulatórias e autoridades de proteção de dados em todo o globo já identificaram este tema como pauta prioritária e buscaram apontar caminhos para que agentes de tratamento de dados e desenvolvedores de produtos e serviços digitais possam adequar suas pretensões aos limites legais.**

As tecnologias de informação e comunicação (TICs) e as tecnologias digitais de informação e comunicação (TIDICs) precisam estar em linha com a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, **de modo que o melhor interesse da criança e do adolescente ocupem o primeiro lugar da concepção ao desenvolvimento de aplicativos, jogos, brinquedos conectados e sites que provavelmente serão acessados por esse grupo de indivíduos.**

A legislação de proteção de dados da Europa, *General Data Protection Regulation* (GDPR), foi a base para o primeiro Código de *Design* Apropriado para a Idade (Children's Code)[71]. O guia, elaborado pelo *Information Comissioner's Office* (ICO), autoridade de proteção de dados britânica, tem servido de referência em todo o mundo para a criação de normas de adequação das plataformas digitais aos direitos da criança. O documento aborda 15 padrões a serem observados por serviços digitais passíveis de serem acessados por crianças e adolescentes, ainda que estes não sejam seu público-alvo e busca garantir que o tratamento dado aos dados pessoais desses titulares seja adequado e alinhado aos seus direitos e interesses.

Inspirado no *Children's Code*, o governo Holândes também produziu o seu próprio *Design Code*, com vistas a guiar a indústria e os profissionais da área de tecnologia a desenvolverem produtos e serviços que respeitam o melhor interesse de crianças, incor-

71 O *Design Code* foi traduzido pelo ITS-RIO, em parceria com o Instituto Alana. Disponível em: **https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/10/design-apropriado--para-a-idade-codigo-de-praticas-para-servicos-online.pdf**. Acesso em: 24.10.2022.

porando, para isso, princípios relacionados à proteção de dados pessoais[72].

Já a Autoridade de Proteção de Dados da Irlanda elaborou documento que reúne fundamentos para impulsionar melhorias nos padrões de processamento de dados, para isso, há princípios interpretativos de proteção de dados específicos para crianças e medidas recomendadas para aumentar o nível de proteção oferecido às crianças contra os riscos de processamento de dados que lhes são impostos pelo uso/acesso a serviços em um mundo online e offline, a partir das recomendações do GDPR. Dentre os 14 fundamentos listados estão a **proibição do perfilamento de crianças e adolescentes, inclusive para fins de marketing e recomendação de elaborção de Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD) para minimizar os riscos relacionados ao tratamento de dados de crianças e adolescentes**[73].

Recentemente, o Estado da Califórnia também aprovou o seu *Children's Code*, a lei, destinada a produtos e serviços digitais potencialmente acessíveis a crianças, ainda que não sejam o público-alvo, designa uma série de diretrizes para as empresas que operam na Califórnia, criando regras e orientações sobre a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes para desenvolvedores de sites, aplicativos e outros serviços digitais. É orientado com base no melhor interesse e no direito por *design*, determinando, entre outras coisas, a prevalência do melhor interesse de crianças e adolescentes sobre interesses comerciais colidentes e a restrição no perfilamento de crianças e adolescentes ao mínimo necessário – e apenas quando são providas salvaguardas eficientes.

Estes são alguns exemplos de recomendações, leis e normas que revelam os **esforços de agências, autoridades e governos pela implementação de salvaguardas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes em produtos e serviços digitais, bem como no mundo offline**.

---

72 Disponível em: https://codevoorkinderrechten.nl/wp-content/uploads/2021/07/Code-voor-Kinderrechten-Wordversie_EN.pdf. Acesso em: 24.10.2022.

73 Disponível em: https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-12/Fundamentals%20for%20a%20Child-Oriented%20Approach%20to%20Data%20Processing_Draft%20Version%20for%20Consultation_EN.pdf. Acesso em: 24.10.2022.

No Brasil, a Constituição Federal garante em seu artigo 227 a responsabilidade compartilhada entre Estado, família e toda a sociedade na garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Por isso, é também papel das empresas garantirem que seus produtos e serviços respeitem os direitos de crianças e adolescentes (artigo 71 do ECA)[74], inclusive à proteção fundamental dos dados pessoais, ainda mais quando se considera que o acesso à Internet é um direito no Brasil (artigo 4º, inciso I do Marco Civil da Internet) e que as crianças devem usufruir da Internet como lócus para o desenvolvimento de suas habilidades cognitivas, emocionais e psíquicas, além de um espaço de trocas culturais, científicas e comunicacionais e exercício de direitos fundamentais como lazer e educação.

Por esse motivo, espera-se que a ANPD, sedimentada as discussões sobre as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, inspirada nas movimentações orientadoras e regulatórias de todo o mundo, possa elaborar um guia prático, direcionado à indústria, agentes de tratamento e profissionais da área de tecnologia, recomendando melhores práticas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Dentre os tópicos compatíveis com este documento, cita-se:

»» Minimização da coleta de dados de crianças e adolescentes e tratamento restrito ao mínimo necessário para execução dos serviços (artigo 14, § 4º da LGPD);

»» Formas de exercício dos direitos dos titulares por crianças e adolescentes (art. 18 da LGPD);

»» Verificação Etária e confirmação da validade do consentimento, conforme exigido pelos parágrafos 1º e 5º do artigo 14 da LGPD;

74 Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

»» Autonomia progressiva e acessibilidade das informações sobre tratamento de dados à crianças e adolescentes (artigo 14, § 6º da LGPD);

»» Privacidade e identificação etária em produtos e serviços digitais;

»» Consideração do tratamento de dados de crianças e adolescentes como hipótese de alto risco a ensejar a elaboração de Relatório de Impacto à Proteção de Dados (RIPD), considerando que um dos critérios específicos para a existência de um tratamento de dados de alto risco é exatamente o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, inclusive por agentes de pequeno porte (Art. 4º, inciso II, alínea d do Regulamento de aplicação da LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte (Resolução CD/ANPD nº 2 de 27 de janeiro de 2022);

»» Restrição do perfilamento de crianças e adolescentes a hipóteses compatíveis com seu melhor interesse;

»» Hipóteses de tratamento de dados de crianças e adolescentes que obrigam a realização de Relatório de Impacto à Proteção de Dados;

»» Publicização dos Relatório de Impacto à Proteção de Dados relativos às operações de tratamento envolvendo dados pessoais de crianças e adolescentes;

»» Teste de adequação para utilização do legítimo interesse, quando a base legal é utilizada como hipótese para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, em sendo esta hipótese validada por esta Autoridade.

O **Instituto Alana** acredita que a ANPD, subsidiada pela sociedade civil, reúne competências técnicas suficientes para construir adequadas diretrizes e fornecer segurança jurídica aos desenvolvedores, bem como garantir a proteção que se espera diante do tratamento de dados pessoais pertencentes a pessoas em peculiar estágio de desenvolvimento.

4. Conclusões e pedidos

Ante todo o exposto, o **Instituto Alana** parabeniza a ANPD pela atenção ao tema dos direitos da criança e do adolescente frente aos desafios da proteção de seus dados pessoais, bem como reafirma que a Autoridade acerta ao elaborar estudo técnico apto a fundamentar sua interpretação quanto às bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, uma vez que a doutrina da proteção integral, a prioridade absoluta e o melhor interesse colocam deliberadamente as crianças e adolescentes **no centro e no topo**, em todo e qualquer ambiente ou circunstância, em face de todo e qualquer sujeito público ou privado.

O debate suscitado pela Autoridade com a divulgação de estudo preliminar sobre as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, portanto, deve ser encarado como importante primeiro passo, mas não deve, de forma alguma, representar o seu fim. Há, ainda, diversos temas atuais e pertinentes, que devem ser objeto de análise e trabalho por esta Autoridade, inclusive para a conclusão da Tomada de Subsídios proposta, no que concerne à proteção de dados de crianças e adolescentes, além da importância para garantia da proteção integral dessas pessoas no ambiente digital de forma ampla.

O melhor interesse de crianças e adolescentes, para além de ser a regra fundamental para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, também deve guiar a ANPD, enquanto princípio jurídico interpretativo e regra procedimental, de forma a subsidiar suas interpretações e normativas e direcionar a tomada de decisão quando se está diante de situações concretas.

Por isso, o **Instituto Alana** está de acordo com a conclusão sobre a inviabilidade de que o consentimento seja a única hipótese autorizativa para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, visto que a adoção da interpretação acaba por não privilegiar os interesses das próprias crianças e adolescentes.

Por este mesmo motivo, pede-se vênia para discordar dos entendimentos seguintes da Autoridade, quanto à possibilidade de adoção de bases legais amplas como o legítimo interesse e proteção ao crédito enquanto hipóteses autorizativas do tratamento de dados desse grupo de indivíduos, e a impossibilidade de equiparação das hipóteses autorizativas para o tratamento dos dados de crianças e adolescentes e de dados pessoais sensíveis.

De um lado, a hipervulnerabilidade de crianças e adolescentes enquanto titulares de dados pessoais atrai a aplicação da legislação mais protetiva e, em se tratando de proteção de dados, a interpretação mais protetiva aos dados pessoais é aquela destinada aos dados pessoais sensíveis. Como visto, **a própria lei, inclusive, já equipara dados pessoais sensíveis e dados de crianças e adolescentes, pois destina a ambos uma espécie de consentimento qualificado, entendimento espelhado até mesmo na Resolução 02/2022 desta Autarquia**. De todo modo, o que se defende é o reconhecimento de que dados de crianças e adolescentes e dados sensíveis devem ser tratados a partir das mesmas bases legais - independentemente de serem categorias de dados equivalentes ou não - para que a interpretação permaneça hígida.

Por outro lado, de um lado, as bases legais do legítimo interesse e da proteção ao crédito expõem os titulares dos dados tratados a maiores riscos e potenciais agressões à sua esfera de direitos, seja por serem mais flexíveis, menos parametrizadas, ou voltadas ao atendimento dos interesses dos controladores em detrimento dos interesses dos titulares. **No último caso, privilegiar interesses dos controladores em detrimento dos interesses das próprias crianças e adolescentes é ferir de morte a principal regra para o tratamento de dados de crianças e adolescentes.**

Além disso, em havendo o referido conhecimento, não é verdade que impedir a aplicação das determinadas bases legais em abstrato pode afetar o melhor interesse de crianças e adolescentes, vez que as bases legais dos incisos IX e X do artigo 7º podem ser facilmente substituídas por outras desde que se pretendam a garantir a proteção da infância e adolescência.

Mais ainda, **a vedação apriorística de determinadas bases legais fomenta a criação de um ambiente de previsibilidade e segurança jurídica e impede a permanência de situações de tratamento de dados de crianças e adolescentes em afronta aos seus direitos**, cuja verificação a posteriori é um verdadeiro contra-senso seja ao Sistema de Garantias dos Direitos de Crianças e Adolescentes, como dos próprios agentes de tratamento de dados.

Portanto, a interpretação que autoriza o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes somente a partir das bases legais do art. 11 da LGPD não afronta em nenhuma medida qualquer dispositivo ou preceito legal que fundamenta a LGPD e **deve ser a interpretação adotada por esta Autoridade, a partir da aplicação do princípio do melhor interesse em sua dimensão hermenêutica (art. 3º, I da CRC e Comentário Geral n° 14 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU) e da doutrina da proteção integral e prioritária insculpida no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e em outros instrumentos normativos.**

Contudo, em não sendo este o caso, defende o **Instituto Alana**, subsidiariamente, para fins de argumentação, a adoção de uma quarta tese, de modo que as hipóteses autorizativas do artigo 7º e do artigo 11º sejam aplicáveis aos dados pessoais de crianças e adolescentes, com exceção das hipóteses do legítimo interesse e da proteção ao crédito.

Por fim, considerando o limitado escopo do estudo preliminar e da presente Tomada de Subsídios, o **Instituto Alana** sugere que, além das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, esta Autoridade continue a se debruçar sobre temas absolutamente relevantes para a cultura de proteção de dados de crianças e adolescentes, com especial ênfase para:

- Normatização do tratamento de dados pessoais estudantis;
- Vedação do perfilamento de crianças e adolescentes para publicidade personalizada;
- Construção de um guia prático de tratamento de dados de crianças e adolescentes;

Sem mais, o **Instituto Alana** aproveita para renovar a elevada estima e consideração à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, permanecendo, desde logo, à inteira disposição para eventuais esclarecimentos que se fizerem necessários, bem como para seguir contribuindo com os debates regulatórios travados no âmbito dessa ilustre ANPD.

Atenciosamente,

Instituto Alana

Criança e Consumo

Autores

Isabella Henriques

Maria Mello

Thaís Rugolo

João Aguiar

Diagramação

William Luz

alana

CRIANÇA e CONSUMO

Novembro/2022