

CONTRIBUIÇÃO À TOMADA DE SUBSÍDIOS SOBRE TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLES- CENTES DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, Data
Privacy Brasil Ensino e Comissão de Defesa dos
Direitos da Criança e do Adolescente da Ordem
dos Advogados de São Paulo



Índice

1. INTRODUÇÃO	3
2. A PROTEÇÃO DE INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA NA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	5
A doutrina da proteção integral e a vulnerabilidade presumida da criança e do adolescente	5
O melhor interesse da criança e do adolescente	9
Dever de precaução e prevenção	12
3. A APLICABILIDADE DO ROL DE BASES LEGAIS DO ARTIGO 11 DA LGPD PARA O TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	15
4. A INAPLICABILIDADE DAS BASES LEGAIS DO ARTIGO 7º DA LGPD PARA O TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	22
Caso Instagram	28
Caso TikTok	29
5. A IMPORTÂNCIA DE UMA ATUAÇÃO MAIS AMPLA DA ANPD NA REGULAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	32
6. CONCLUSÃO	36

1. Introdução

As atuais gerações de crianças e adolescentes são as primeiras a nascer em um contexto social tão profundo de digitalização e datificação. Não há como saber como esses processos irão afetar seu desenvolvimento e quais serão suas consequências e impactos nesses sujeitos, de sua infância até vida adulta.

Soma-se a esse cenário o fato de que o artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), o qual versa sobre a proteção de dados de crianças e adolescentes, não é categórico em muitas passagens, o que tem gerado uma série de debates interpretativos e trazido dúvidas a atores públicos e privados sobre como delimitar seus processos e se posicionar sobre o tema¹. O movimento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) de propor-se a regulamentar a matéria, nesse contexto, é louvável.

Debruçar-se sobre a controvérsia de quais são as bases legais adequadas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes - como o faz esta Tomada de Subsídios -, entretanto, não é suficiente. É essencial que qualquer regulamentação que verse sobre a proteção de direitos da infância e adolescência sejam concebidas de forma ampla e tendo como foco central aqueles que, pela ótica do direito internacional e nacional, devem ter seus melhores interesses resguardados com prioridade absoluta: as crianças e adolescentes.

É partindo desse mandativo que impera no ordenamento jurídico nacional que entendemos que a interpretação mais adequada da controvérsia em relação à qual versa esta Tomada de Subsídios é a de que são adequadas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes as bases legais arroladas no artigo 11 da LGPD.

Tal interpretação, que entendemos ser a mais protetiva às pessoas com menos de 18 anos, **decorre diretamente do melhor interesse desses sujeitos**, que, nos termos do caput do artigo 14 da LGPD, é o requisito primário e incontornável para a licitude de qualquer atividade de tratamento de seus dados pessoais.

Como se verá mais detalhadamente a seguir, o melhor interesse da criança e do adolescente, de acordo com o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, é um conceito tripartite, e uma de suas camadas o desenha como princípio jurídico interpretativo. Isso significa

¹ MENDONÇA, Júlia; MEIRA, Marina. A proteção legal dos dados de crianças e adolescentes, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-17/opinioao-protacao-legal-dados-pessoais-criancas-adolescentes-brasil>.

que, quando de um dispositivo jurídico decorrer mais de uma interpretação possível, deve sempre prevalecer aquela que se alinha ao melhor interesse das crianças e adolescentes. É dizer: **não sendo a redação do artigo 14 da LGPD clara na delimitação de quais são as bases legais adequadas para operações envolvendo dados de crianças e adolescentes, a ANPD, no exercício de sua função regulamentadora e interpretativa da lei, deve necessariamente adotar posicionamento que melhor resguarda os direitos das pessoas com menos de 18 anos.**

Com o devido respeito, compreendemos que o posicionamento da Autoridade externado no estudo preliminar de chamamento a esta Tomada de Subsídios não se deu dessa forma. Em realidade, entendemos que a flexibilização ampla das bases legais do artigo 7º para o tratamento de dados de crianças e adolescentes está em desacordo à preservação do melhor interesse desses sujeitos - e conseqüentemente desalinhado da ordem jurídica internacional, constitucional e infralegal brasileira, inclusive da LGPD. A fim de explicar os motivos pelos quais fazemos essa leitura, esta contribuição está estruturada em quatro seções.

1. A primeira delas faz um mergulho nos institutos jurídicos de proteção à infância e adolescência, cristalizados pela Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além do próprio artigo 14 da LGPD;
2. Em seguida, a contribuição aponta os motivos pelos quais entende que a interpretação mais adequada em relação às bases legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes é a que propõe uma equiparação dos dados desses sujeitos com dados sensíveis e, assim, emprega o artigo 11 da LGPD, com destaque para as outras oportunidades em que a ANPD adotou essa exata interpretação;
3. O texto igualmente adentra a partir de casos concretos julgados na União Europeia e propondo caminhos práticos e jurídicos alternativos, os motivos pelos quais a aplicabilidade de todas as bases legais do artigo 7º da LGPD ao tratamento de dados de pessoas com menos de 18 anos, sobretudo o legítimo interesse, é prejudicial e ilícita;
4. Por fim, a contribuição apresenta considerações sobre a importância de o trabalho da ANPD na proteção de crianças e adolescentes não se limitar à temática de bases legais, mas aprofundar-se a partir de consulta com especialistas de áreas diversas e, mais ainda, consulta com os principais impactados por essas regulamentações: as crianças e adolescentes.

2. A proteção de infância e adolescência na Ordem Jurídica Internacional e no Ordenamento Jurídico Brasileiro²

a. A doutrina da proteção integral e a vulnerabilidade presumida da criança e do adolescente

Qualquer normatização que incida, direta ou indiretamente, sobre os direitos de crianças ou adolescentes - como a presente Tomada de Subsídios - deve abraçar o pressuposto de que esses sujeitos são pessoas que **se encontram em peculiar fase de desenvolvimento físico, cognitivo, psicológico e social e, portanto, merecem proteção jurídica especial**. É daí que parte a doutrina da proteção integral, inerente e central à proteção da infância e da adolescência no ordenamento jurídico brasileiro: *"formada por um conjunto de enunciados lógicos, que exprimem um valor ético maior, organizada por meio de normas interdependentes que reconhecem criança e adolescente como sujeitos de direitos"*³.

A proteção integral, nesse sentido, é um conceito que exprime verdadeira síntese de diversos pressupostos estruturantes do tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente, independentemente da matéria ou situação específica a ser tutelada, dentro de uma lógica vinculada à universalização dos direitos humanos.

Dentre os pressupostos que integram a doutrina da proteção integral, destaca-se, justamente, a compreensão de que as crianças e adolescentes são indivíduos que se encontram em peculiar estágio de desenvolvimento, o que justifica, portanto, a necessidade de que lhes seja endereçada proteção especial e diferenciada em relação aos adultos. Essa proteção, ainda, deve levar em conta o desenvolvimento progressivo das capacidades da criança e do adolescente, conforme seu crescimento - ou, em outras palavras, deve ser lastreada no preceito de autonomia progressiva da criança e do adolescente.

² Esta seção da contribuição reflete em grande parte o texto do relatório *Dados e direitos da infância e adolescência no ambiente digital: caminhos para proteção jurídica no Brasil e Argentina*, produzido por Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, Instituto Alana e Asociación por los Derechos Civiles em 2022. Disponível em: https://www.dataprivacybr.org/wp-content/uploads/2022/07/Dados-e-direitos-na-infancia-e-adolescencia-no-ambiente-digital_VF-ACES.pdf.

³ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes atravessam fase de desenvolvimento leva também ao reconhecimento jurídico de que tratam-se de sujeitos de direitos cuja vulnerabilidade é presumida. Como indica Miragem, *“no caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser ‘ferido’ (vulnerare) ou é vítima facilmente”*⁴.

Essa vulnerabilidade está *“diretamente relacionada ao próprio desenvolvimento infantil e ao impacto de violações a direitos durante essa fase de vida do ser humano, de imediato e para toda a vida adulta da pessoa”*⁵. É na primeira infância - ou seja, nos seis primeiros anos de vida de um indivíduo -, por exemplo, que são desenvolvidas *“regiões do cérebro responsáveis pela maior parte das habilidades/capacidades que a criança terá durante sua infância e vida adulta, tais como paladar, tato, olfato, audição, visão, linguagem, memória, atenção, controle emocional, coordenação motora e cognitiva”*⁶.

Não só, mas na adolescência, o processo de desenvolvimento físico e conseqüente psicológico, emocional e social envolve capacidades como a de conseguir tomar decisões que não sejam apenas impulsivas, como a de resistir a estímulos externos como a publicidade⁷.

No âmbito da proteção de dados pessoais, inclusive, o racional de vulnerabilidade presumida e autonomia progressiva de crianças e adolescentes é amplamente reconhecido pela LGPD pelo quanto disposto no § 6º de seu artigo 14, o qual destaca a condição peculiar dos mais jovens, apontando que as informações sobre o tratamento de seus dados deverão *“ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário”*, com o objetivo de proporcionar a informação necessária e adequada para o entendimento da criança.

Não é à toa que a proteção a crianças e adolescentes, ainda, deve ser integral, na medida em que esses indivíduos devem ser lidos como sujeitos de direito, titulares de todos os direitos humanos que lhes são assegurados pela ordem jurídica internacional - dentre eles o direito à proteção de dados pessoais, afirmado categoricamente pelo Comentário Geral 25

⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor Bruno Miragem., 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁵ HENRIQUES, Isabella; MEIRA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proibição do direcionamento de publicidade microsegmentada para crianças e adolescentes, a abusividade do uso de dados pessoais para fins de exploração comercial infanto-juvenil. *In*: LATERÇA, Priscilla; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara de; BRANCO, Sérgio (Coord.). Privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. p. 427-453. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/10/Privacida-de-e-Protecao-de-Dados-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes-ITS.pdf>

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

do Comitê dos Direitos da Criança da ONU. Direitos esses, há que se destacar, cuja efetivação demanda não apenas condutas negativas por parte do Estado, no sentido de não interferência em liberdades asseguradas nas diversas normas que compõem o ecossistema de proteção à infância, mas também a prestação pelo Estado de medidas e políticas específicas e compatíveis com as particularidades que são inerentes a seus titulares⁸, incluídas aí ações como a regulamentação da ANPD em relação à proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes.

Em suma, a doutrina da proteção integral

desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca⁹.

É evidente a positivação da doutrina proteção integral, sobretudo por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁰, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989 - e que é hoje o tratado internacional mais ratificado no mundo inteiro. Nesse documento, para além de serem enumeradas diversas formas de proteção especial às crianças em razão de seu particular estágio de desenvolvimento, é reconhecido expressamente que esses indivíduos são titulares dos mesmos direitos conferidos aos adultos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Em paralelo, a doutrina da proteção integral é abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro não só pela sua ratificação da Convenção, mas de forma direta, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, especificamente por meio de seu artigo 227¹¹. Ali, marcou-se verdadeira ruptura com as doutrinas menoristas que permeavam a antiga legislação brasileira voltada à juventude, sobretudo o revogado Código de Menores de 1979, de

8 HARTUNG, Pedro. Levando os direitos das crianças a sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança, p. 186.

9 CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente, p. 11.

10 Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Vale apontar que a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU define criança como todo o indivíduo com menos de 18 anos - isto é, crianças e adolescentes, nos termos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil.

11 HARTUNG, Pedro. Levando os direitos das crianças a sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança, p. 143.

caráter assistencialista e correccional-repressivo¹².

No caput do artigo 227 da Constituição Federal, enuncia-se que é:

dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como se vê, o texto constitucional trata a proteção integral como direito a que fazem jus as crianças, adolescentes e jovens, direito este que engloba prestações e obrigações diversas por parte do Estado. Mais do que isso, porém, o caput do artigo 227 estende a obrigação de garantir esse direito também às famílias e à sociedade como um todo, incluídas aí também as pessoas jurídicas de direito privado que a integram. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 consubstancia, de maneira inovadora, um direito fundamental à solidariedade de que são titulares as crianças e adolescentes, direito esse que exprime

um dever de todos, agentes estatais ou privados, com relação à criança, para que busquem o objetivo comum de garantia absolutamente prioritária dos direitos e melhor interesse da criança, muitas vezes abdicando de seus próprios interesses e posicionamentos para realização deste dever¹³.

Tal dever de solidariedade integrado à proteção integral é de crucial importância em se tratando do resguardo dos direitos das crianças e adolescentes em um cenário de intensa digitalização e frente às novas tecnologias, na medida em que explicita a **obrigação dos controladores de modo geral e das empresas que atuam no ecossistema digital de adotar medidas de proteção a esses direitos proativamente, sob pena de serem responsabilizadas por sua inércia e pela comercialização de serviços alheios aos padrões de**

¹² DOMINGO, Cintia Oliveira; OLIVEIRA, José Sebastião de. Do direito à absoluta prioridade na efetivação dos direitos da criança e do adolescente: o papel das políticas públicas nesse desiderato. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=31ab328e-47c4ea3f>.

¹³ HARTUNG, Pedro. Levando os direitos das crianças a sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança, p. 248.

proteção consagrados constitucionalmente.

Na esteira das transformações sociais que culminaram na aprovação unânime do artigo 227 da Constituição Federal¹⁴ e na ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, já em 1990, o Brasil editou, no mesmo ano, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse diploma marca, em âmbito nacional, o início da produção legislativa infralegal consentânea à doutrina da proteção integral, conforme fica evidente da leitura de seu artigo 1º: *“Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”*.

O ECA, dando efetividade à doutrina da proteção integral e detalhando as medidas de proteção já previstas no artigo 227 da Constituição Federal, traz em si uma série de obrigações voltadas ao Estado, famílias e sociedade (artigo 4º) no sentido de garantir o pleno desenvolvimento e a efetivação prioritária dos direitos das crianças e adolescentes. O diploma, ainda, indica que essa absoluta prioridade que deve reger a proteção da infância e da adolescência no Brasil compreende, inclusive, *“preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”* (artigo 4º, parágrafo único, alínea c), o que reforça o quão essencial é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados se debruçar sobre a temática da proteção dos dados desses sujeitos.

b. O melhor interesse da criança e do adolescente

Abarcado pela doutrina da proteção integral está o conceito de melhor interesse da criança e do adolescente. Elemento norteador para qualquer ação que envolva direta ou potencialmente crianças e adolescentes, o instituto é diretamente reconhecido no caput do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira como o pressuposto para a licitude de atividades de tratamento de dados de titulares com menos de 18 anos.

O melhor interesse da criança e do adolescente é instituído como baliza para a tutela da infância e adolescência desde 1989, por força da já citada Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU. O diploma, no seu artigo 3º, determina que **quaisquer ações relacionadas à criança, sejam elas *“levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos devem considerar primordialmente o seu melhor interesse”***.

Diferente do quanto sustentado por alguns atores, tal conceito não é um fenômeno abstrato, que se limita a uma conceituação teórica. Inclusive, em 2013, o Comitê dos

¹⁴ Vide: <https://prioridadeabsoluta.org.br/estatuto-crianca-adolescente/o-caminho-para-a-lei/>.

Direitos da Criança da ONU emitiu o Comentário Geral 14 com o intuito de fornecer subsídios para a compreensão do referido instituto, com exemplos reais, facilitando a sua aplicação e a transposição do seu conceito para a vida prática.

Inicialmente, o Comitê ressalta que apenas por meio da interpretação e implementação do artigo 3º, parágrafo 1, em consonância com as demais disposições da Convenção, que os legisladores, juízes, autoridades administrativas, sociais ou educacionais poderão esclarecer o conceito e fazer uso concreto dele¹⁵. O documento também aponta que o instituto é um conceito dinâmico e complexo que requer uma avaliação específica caso a caso - isto é, diante de temáticas e áreas específicas, como o é a proteção de dados pessoais¹⁶.

A complexidade do instituto do melhor interesse da criança reside no fato de trata-se de conceito que opera em três camadas, como enunciado pelo Comentário Geral 14 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU: (i) como um direito fundamental autoexecutável; (ii) como um princípio jurídico interpretativo; e (iii) como uma regra procedimental.

A primeira camada - do melhor interesse como *direito fundamental autoexecutável* - exprime que as crianças e adolescentes possuem um direito fundamental que o seu respectivo melhor interesse seja tido como uma consideração primária e primordial sempre que *“uma decisão deve ser tomada em relação a uma criança, um grupo de crianças identificadas ou não, ou no caso de crianças em geral”*¹⁷. É dizer, dessa camada do conceito de melhor interesse decorre a compreensão de que os interesses de crianças e adolescentes devem sempre prevalecer em relação a interesses terceiros, tais como interesses comerciais. Conforme será detalhadamente explicado nas próximas seções, **aplicado esse mandativo à disciplina da proteção de dados de crianças e adolescentes, tem-se que é inadequado o rol de bases legais do artigo 7º da LGPD para tratar dados de crianças e adolescentes.**

É especialmente inadequada a base legal do legítimo interesse, uma vez que ela, por definição, privilegia o interesse do controlador ou de terceiros, em detrimento do titular (criança ou adolescente). O mesmo se aplica à base legal de proteção do crédito, que tem em seu cerne a proposta de privilegiar os interesses financeiros, de circulação econômica do mercado.

15 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Committee on the Rights of the Children. General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, p.9. 2013. Disponível em: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf. Acesso em: 01 abril. 2021

16 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Committee on the Rights of the Children. General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, 2013. Disponível em: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf. Acesso em: 01 abril. 2021.

17 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Committee on the Rights of the Children. General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, p.3.

A segunda camada do conceito de melhor interesse da criança ordena considerá-lo *um princípio jurídico interpretativo*, demandando que, nos casos em que uma disposição legal esteja aberta a mais de uma interpretação, seja adotada aquela que primordialmente atenda o melhor interesse das crianças. Como adiantado na introdução deste documento, **considerando que a LGPD deixa em aberto qual seria o rol de bases legais adequadas para tratar dados de crianças e adolescentes, da conceituação do melhor interesse como princípio interpretativo decorre a compreensão de que o posicionamento da ANPD deve ser tomado levando em conta, primordialmente, os melhores interesses das crianças e adolescentes.** Inclusive, nesse sentido, merece destaque o movimento de autoridades de proteção de dados ao redor do mundo e organizações da sociedade civil que, ao regulamentar sobre a proteção de crianças e adolescentes, promoveram consultas com esses sujeitos, a fim de entender suas percepções sobre quais tipos de ação se alinham a seus melhores interesses.

Por sua vez, a terceira camada do conceito de melhor interesse o define como uma *regra procedimental*, o que significa que quando uma decisão a ser tomada afete crianças ou adolescentes, o processo decisório de seus contornos deve, necessariamente, incluir uma avaliação de seu possível impacto (positivo ou negativo) para aquela criança. Daí compreende-se que, em atividades de tratamento de dados que envolvam sujeitos com menos de 18 anos, há um dever do controlador documentar o porquê as operações por ele conduzidas se dão de acordo com o melhor interesse dessas pessoas. Tal documentação pode ser materializada em forma de avaliações de impacto e risco, tais como o relatório de impacto à proteção de dados pessoais ou, de forma mais específica, o *children's rights impact assessment*, pontos que igualmente serão aprofundados na presente contribuição.

Para além da delinear o conceito de melhor interesse, o Comentário Geral 14 ainda propõe um processo de duas etapas para as situações em que, ao avaliar e determinar os melhores interesses da criança, deverá ser tomada uma decisão sobre uma medida específica, que consistem nos seguintes passos:

- (a) Em primeiro lugar, dentro do contexto factual específico do caso, descubra quais são os elementos relevantes em uma avaliação de melhores interesses, dê-lhes conteúdo concreto e atribua um peso para cada um em relação ao outro; (b) Em segundo lugar, para fazê-lo, siga um procedimento que garanta garantias jurídicas e aplicação adequada do direito¹⁸.

¹⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Committee on the Rights of the Children. General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, p.12.

Para o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, tais etapas possibilitam um maior equilíbrio de todos os elementos necessários para tomar uma decisão em uma determinada situação que envolvam uma criança ou um grupo de crianças específicas. Ressalte-se que é recomendado que o processo seja realizado *“pelo tomador de decisões e sua equipe - se possível uma equipe multidisciplinar -, e exige a participação da criança”*¹⁹.

Da leitura dessa normativa, entendemos que, na atuação da ANPD em relação à proteção de dados de crianças e adolescentes, há um dever de avaliação concreta sobre como qualquer interpretação ou regulamentação da LGPD afetarà o melhor interesse desses sujeitos, que necessariamente deverá ser priorizado nas decisões tomadas.

Mais especificamente no caso do tema sobre o qual versa a presente Tomada de Subsídios, compreendemos que **nenhum posicionamento deve ser externado sem uma avaliação concreta sobre a compatibilidade de cada base legal com o melhor interesse das crianças e adolescentes, de forma mais aprofundada em relação ao estudo preliminar publicado**. Ainda, recomendamos que sejam incluídas **etapas de participação de crianças e adolescentes ou, ao menos, etapas de escuta e debate ativos de especialistas em infância e adolescência de áreas diversas do conhecimento e atuação**, para além desta Tomada de Subsídios.

c. Dever de precaução e prevenção

Ao lado do instituto do melhor interesse da criança e do adolescente, também como forma de efetivação da doutrina da proteção integral, a ordem jurídica internacional que versa sobre a proteção à infância e adolescência aponta um dever de agir de acordo com uma abordagem precaucionária em relação aos direitos dessas pessoas. Em paralelo, a legislação brasileira soma-se a essa toada e estabelece um dever geral de prevenção a violações contra crianças e adolescentes.

A abordagem precaucionária, ou dever de precaução, surge em cenários de incerteza sobre os riscos atuais e futuros que determinadas práticas podem ter sobre sujeitos de direitos e, mais especificamente, crianças e adolescentes²⁰. Historicamente aplicada a questões envolvendo a preservação do meio ambiente e da saúde individual e coletiva em

¹⁹ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Committee on the Rights of the Children. General comment No. 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, p.12.

²⁰ MARTUZZI, Marco; TICKNER, Joel. The precautionary principle: protecting public health, the environment and the future of our children. World Health Organization, 2004. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/346211/9789289010986-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

relação a crianças e adolescentes, nos tempos atuais entende-se ser inevitável sua aplicação também a práticas envolvendo usos de dados pessoais e tecnologias digitais²¹.

O intuito de tal abordagem é estimular que sejam exploradas alternativas para práticas e ações com menor potencial prejudicial; deslocar o ônus da prova em relação a determinada prática ser danosa naqueles que querem realizá-la, e não nas vítimas ou potenciais vítimas da atividade; e se alinhar a processos democráticos para realizar e fazer cumprir essa abordagem, incluindo o direito público à informação²².

Acrescenta-se ao dever de precaução, alinhado à Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, o dever de prevenção geral positivado na legislação brasileira que protege a infância e adolescência. O ECA, seguindo o racional da dinâmica de responsabilidade compartilhada da Constituição Federal - ou seja, de que Estado, família e sociedade são todos igualmente responsáveis pelo zelo aos direitos de crianças e adolescentes -, define, em seu artigo 70, que: “*É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente*”.

O dever de prevenção se destina, concretamente, a evitar a ocorrência de danos - nesse caso, a qualquer indivíduo com menos de 18 anos. E, ainda que sejam essas as primeiras gerações de crianças e adolescentes cujos dados são manipulados desde cedo, já há documentação de danos que usos abusivos de dados pessoais desses sujeitos podem lhes acarretar²³. É justamente por meio dessa lógica que é reforçada a necessidade de elaboração das avaliações de impacto, como já mencionado: (i) relatório de impacto à proteção de dados pessoais; ou (ii) *children’s rights impact assessment*, de forma a possibilitar o mapeamento dos riscos envolvidos nas operações de tratamento envolvendo dados de crianças e adolescentes e, desse modo, prevenir que se transformem em danos.

Logo em seguida, em seu artigo 71, o ECA enuncia ser direito da criança e do adoles-

21 Eva Lievens (2021) Growing Up with Digital Technologies: How the Precautionary Principle Might Contribute to Addressing Potential Serious Harm to Children’s Rights, *Nordic Journal of Human Rights*, 39:2, 128-145, DOI: 10.1080/18918131.2021.1992951.

22 The precautionary principle. The Health of Canada’s Children and Youth. Disponível em: <https://cichprofile.ca/module/7/section/6/page/precautionary-principle-2/>.

23 Veja-se, nesse sentido, a título de exemplo: OECD. Children in the Digital Environment: Revised Typology of Risks. OECD Digital Economy Papers, Nº 302, [s. l.], 08 jan. 2021. 27 p. <http://dx.doi.org/10.1787/20716826>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/children-in-the-digital-environment_9b8f222e-en; HENRIQUES, Isabella; MEIRA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proibição do direcionamento de publicidade microsegmentada para crianças e adolescentes, a abusividade do uso de dados pessoais para fins de exploração comercial infanto-juvenil. In: LATERÇA, Priscilla; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara de; BRANCO, Sérgio (Coord.). Privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. p. 427-453. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/10/Privacidade-de-e-Protecao-de-Dados-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes-ITS.pdf>.

cente "a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

Somada à doutrina da proteção integral e ao instituto do melhor interesse da criança e adolescente, a leitura de ambos esses dispositivos do ECA, direcionada à área da proteção de dados de crianças e adolescentes e à questão das bases legais adequadas para o tratamento de dados de pessoas com menos de 18 anos, aponta para um dever claro de que a ANPD, ao lado dos agentes de tratamento de dados, deve seguir uma interpretação que tenha em seu centro a precaução e a prevenção a riscos e danos. Isso significa que, **a fim de preservar-se o direito de crianças e adolescentes de usufruir de produtos e serviços que respeitem sua condição de pessoa em desenvolvimento, devem ser firmados entendimentos que a priori vedem qualquer possibilidade de práticas abusivas e usos ilícitos de dados pessoais.**

Não apenas, mas os deveres de precaução e prevenção geral emanados pela Convenção sobre os Direitos da Criança e pelo ordenamento jurídico nacional demandam que, em um cenário de incerteza sobre como práticas manipulativas de dados podem interferir no desenvolvimento de crianças e adolescentes ou representar violações a seus direitos no presente e no futuro²⁴, restrinjam-se práticas que tenham algum potencial de mostrar-se incompatíveis com os melhores interesses desses sujeitos.

Aplicados ao tema desta Tomada de Subsídios, entendemos que o imperativo desses institutos requer que a ANPD adote um posicionamento que restringe a aplicabilidade do rol amplo das bases legais do artigo 7º da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes. Isso porque **a aplicabilidade de bases legais amplas como a do legítimo interesse - que é aberta e nasce com o intuito de privilegiar os interesses do controlador ou de terceiros, em detrimento do titular - em uma operação envolvendo dados de pessoas com menos de 18 anos carrega em si riscos importantes de incompatibilidade com os instituto do ordenamento jurídico nacional e internacional de proteção desses sujeitos, como reconhecido pela própria ANPD em seu estudo preliminar.**

Nessa esteira, não deve subsistir qualquer argumento de que posteriormente podem ser punidos agentes de tratamento que se utilizem de forma abusiva de bases legais mais abertas para o tratamento de dados de crianças ou adolescentes. **A proteção à infância e adolescência deve ser tomada de forma precaucionária e preventiva a violações de direitos desses sujeitos, e nunca posteriormente à ocorrência de danos, de forma reparativa.**

²⁴ Eva Lievens (2021) Growing Up with Digital Technologies: How the Precautionary Principle Might Contribute to Addressing Potential Serious Harm to Children's Rights, *Nordic Journal of Human Rights*, 39:2, 128-145, DOI: 10.1080/18918131.2021.1992951.

3. A aplicabilidade do rol de bases legais do artigo 11 da LGPD para o tratamento de dados de crianças e adolescentes

Entendemos que a hipótese de interpretação legislativa mais adequada em relação ao tratamento de dados de crianças e adolescentes é a aplicação exclusiva das hipóteses legais do artigo 11 da LGPD, o qual versa sobre o tratamento de dados sensíveis, pois desse modo melhor atende-se aos imperativos de proteção da infância e adolescência aqui apresentados: a doutrina da proteção integral, o melhor interesse da criança e do adolescente e os deveres de precaução e prevenção.

Não só, mas compreendemos que essa é a leitura da LGPD que melhor se coaduna com a atuação regulatória da Autoridade até este momento e com movimentos regulatórios internacionais. Vejamos.

A defesa pela aplicabilidade do rol de bases legais do artigo 11 parte do reconhecimento jurídico da vulnerabilidade de crianças e adolescentes e titulares de dados sensíveis:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;
II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
- c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
- d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de

Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

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

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A corrente aqui defendida é desde 2020 proposta pela doutrina, merecendo destaque o artigo “A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes”, escrito por Isabella Henriques, Marina Pita e Pedro Hartung para o livro-referência “Tratado de Proteção de Dados Pessoais”²⁵. No texto, os autores destacam que a hipótese de consentimento parental disposta no artigo 14, § 1º, da LGPD é equivalente à hipótese do consentimento do titular adulto prevista na regra para o tratamento de dados pessoais sensíveis do artigo 11, I, da LGPD, na medida em que ambas preveem as mesmas qualificadoras adicionais em relação ao consentimento definido no artigo 5º, XII, da LGPD: “*específico e destacado*”. Tal imposição equivalente, por sua vez, demonstra que o legislador optou por cuidar dos dados pessoais de crianças e adolescentes com similar preocupação com que tratou sobre dados pessoais sensíveis²⁶.

Os dados pessoais sensíveis são aqueles que compreendem uma tipologia diferente pelo fato de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade a seu titular²⁷, motivo pelo qual leis de proteção de dados em todo o mundo - inclusive a LGPD - adicionam camadas especiais de proteção a eles. É dizer, há um importante movimento regulatório que reconhece a potencialidade lesiva²⁸ de usos indevidos de dados pessoais sensíveis e a posição de vulnerabilidade em que se encontra seu titular. Assim, em toada protetiva, tal movimento

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

26 HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. *Op. cit.* p. 214.

27 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 85.

28 MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Revista do Advogado, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 47-53, nov. 2019, p. 49.

estabelece salvaguardas adicionais aos titulares de dados sensíveis e, conseqüentemente, restrições aos agentes de tratamento em relação às práticas que desenvolvem envolvendo esse tipo de dado.

As crianças, por sua vez, são indivíduos em peculiar situação de desenvolvimento progressivo com vulnerabilidade presumida²⁹, detentoras de uma proteção integral concedida pela Constituição Federal, com prioridade absoluta, conforme já mencionado. Ou seja, **a equiparação entre dados sensíveis e dados de crianças e adolescentes não apenas é possível, como coerente com o quanto preleciona o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que ambos os titulares encontram-se em posição de vulnerabilidade, o que demanda contornos mais rígidos de proteção.**

Em outras palavras, **crianças e adolescentes são mais vulneráveis e suscetíveis aos abusos que podem ser realizados por meio da coleta, processamento, manipulação e hiperexposição de dados pessoais³⁰, tal como são os demais titulares quando no tocante à dados relacionados à sua saúde, religiosidade, orientação política ou sexual, cujo tratamento, por definição, tem o condão de acarretar situação de dano ou discriminação a seu titular.** Daí a compreensão aqui corroborada de que a equiparação das bases legais adequadas para o tratamento de dados sensíveis devem ser também aplicadas a atividades de tratamento de dados de crianças e adolescentes.

Com o devido respeito, entendemos que a ANPD equivocou-se em seu estudo preliminar ao apontar que essa não seria a interpretação mais adequada.

Ao tratar sobre essa hipótese interpretativa de aplicabilidade do artigo 11 da LGPD, o ponto 59 do estudo preliminar sinaliza que a Lei definiu, em seu artigo 5º, inciso II, o conceito de dados pessoais sensíveis, e neste *“não incluiu em seu rol os dados de crianças e adolescentes”*, apontando que tal classificação seria referente apenas àqueles ligados *“à 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”*. Ou seja, o estudo preliminar caminha pela interpretação de que, por não constar expressamente no referido dispositivo, a equiparação proposta pela hipótese interpretativa em questão seria incompatível³¹.

29 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106.

30 *Op. cit.* p. 215.

31 ANPD. Estudo Preliminar: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. 2022, p. 19. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rscbaHg2sqKqRHdOcVgiMWZlyGptBAhJ/view?usp=sharing>.

Ocorre que o que tem sido proposto por autores e aqui se reforça quanto à aplicabilidade do rol das bases legais do artigo 11 para crianças e adolescentes não é a inclusão dos dados desses sujeitos no conceito exprimido no artigo 5º, inciso II, da LGPD; mas sim uma equiparação das crianças e adolescentes aos titulares de dados sensíveis, na medida em que ambos são titulares vulneráveis, pela lógica do ordenamento jurídico brasileiro.

Inclusive, nesse sentido, vale destacar que a ANPD já adotou expressamente essa exata analogia interpretativa em dois momentos anteriores, tanto na Norma de aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte, publicada em janeiro deste ano, quanto na minuta da Resolução de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas³², que foi colocada recentemente para Consulta Pública.

Em sua Norma de aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte (Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022)³³, a Autoridade, no artigo 4º, inciso II, alínea “d” da Resolução, tal equiparação é feita ao ser apontado que a “utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças” é um dos critérios específico de classificação de um tratamento de dados pessoais como de alto risco:

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.

De igual maneira, na minuta da **Resolução de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas**, ao tratar sobre a classificação das infrações, no artigo 8º, § 3º, inciso I, alínea c, do documento, a Autoridade propõe equiparar **os dados pessoais de crianças e adolescentes a dados sensíveis, como um dos critérios para considerar uma infração como “grave”**. Isso reforça que a citada suposta incompatibilidade de equiparação não se sustenta, bem como não é harmônica com o raciocínio utilizado pela própria Autoridade em oportunidades anteriores:

³² ANPD. Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias-periodo-eleitoral/aberta-consulta-publica-sobre-norma-de-dosimetria/Regulamento_Dosimetria_vf.pdf.

³³ ANPD. Resolução CD/ANPD. Nº 2, De 27 De Janeiro De 2022. Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019#wrapper>.

Art. 8º As infrações são classificadas, segundo a gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados, em

§ 3º A infração será considerada grave quando: I - verificada uma ou mais hipóteses estabelecidas no § 2º deste artigo e cumulativamente, pelo menos, uma das seguintes:
c) a infração envolver tratamento de dados sensíveis ou de dados pessoais de crianças e adolescentes e de idosos;

Sendo assim, a linha argumentativa sustentada pela hipótese nº 2 do Estudo Preliminar e reforçada pela presente contribuição - de equiparação dos dados de crianças e adolescentes a dados sensíveis - não apenas é possível, como já foi adotada pela ANPD anteriormente. Segui-la é, portanto, é, além do caminho mais protetivo ao melhor interesse dos mais jovens, o caminho mais coerente em relação à interpretação da LGPD por parte da Autoridade.

Destaque-se, de igual maneira, que, assim como qualquer outra interpretação discutida para o tema, incluindo as propostas pelo estudo preliminar, a equiparação de dados de crianças e adolescentes a dados sensíveis para a aplicação do artigo 11 não se limita à mera leitura isolada dos dispositivos da LGPD. Ela é pautada a partir de uma compreensão dialógica do ordenamento jurídico brasileiro, que inclui a proteção integral, prioridade absoluta e o status de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento por meio da Constituição Federal, do microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente, da vulnerabilidade presumida dos mais jovens, além dos diplomas internacionais que o Brasil é signatário, os quais visam protegê-los, para compreender as possibilidades a partir da utilização de técnicas de interpretação legislativa.

Se o caminho fosse a limitação estrita ao conteúdo da lei, por estar prelecionado no § 1º do artigo 14, o consentimento parental seria lido como única hipótese, opção que não é enxergada como viável pelo próprio estudo preliminar - e a qual aqui se referenda. Isso porque o documento utilizou-se de uma leitura a partir do melhor interesse da criança para apontar que a referida interpretação poderia ocasionar violações ao instituto e outros direitos fundamentais (ponto 46) e, portanto, não deveria ser a única possibilidade a ser considerada. **Dessa forma, é evidente que o raciocínio jurídico utilizado para rechaçar a adoção do consentimento como única hipótese é deixado em segundo plano ao ser mencionada a hipótese de utilização do artigo 11.**

É importante mencionar também que outros documentos internacionais vêm propondo interpretações que equiparam dados pessoais de crianças e adolescentes a dados sensíveis, como o “Blueprint for an AI Bill of Rights: Making Automated Systems Work for the American People”³⁴, publicado em outubro de 2022 pela White House Office of Science and Technology Policy. Nesse texto, construído para orientar o desenvolvimento, uso e implantação de sistemas automatizados nos Estados Unidos, ainda que não estejam relacionados a um “domínio sensível”, ou seja, contexto que podem gerar “efeitos adversos significativos sobre os direitos humanos”³⁵, os dados de crianças e adolescentes recebem a mesma proteção que dados sensíveis:

SENSITIVE DATA: Data and metadata are sensitive if they pertain to an individual in a sensitive domain (defined below); are generated by technologies used in a sensitive domain; can be used to infer data from a sensitive domain or sensitive data about an individual (such as disability-related data, genomic data, biometric data, behavioral data, geolocation data, data related to interaction with the criminal justice system, relationship history and legal status such as custody and divorce information, and home, work, or school environmental data); or have the reasonable potential to be used in ways that are likely to expose individuals to meaningful harm, such as a loss of privacy or financial harm due to identity theft. **Data and metadata generated by or about those who are not yet legal adults is also sensitive, even if not related to a sensitive domain. Such data includes, but is not limited to, numerical, text, image, audio, or video data** (nossos grifos)

34 WHITE HOUSE OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY POLICY. Blueprint for an AI Bill of Rights: Making Automated Systems Work for the American People. 2022. Disponível em: <https://techpolicy.press/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf>.

35 SENSITIVE DOMAINS: “Sensitive domains” are those in which activities being conducted can cause material harms, including significant adverse effects on human rights such as autonomy and dignity, as well as civil liberties and civil rights. Domains that have historically been singled out as deserving of enhanced data protections or where such enhanced protections are reasonably expected by the public include, but are not limited to, health, family planning and care, employment, education, criminal justice, and personal finance. In the context of this framework, such domains are considered sensitive whether or not the specifics of a system context would necessitate coverage under existing law, and domains and data that are considered sensitive are understood to change over time based on societal norms and context. Ver: <https://techpolicy.press/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf>.

Com relação às hipóteses autorizativas descritas pelo artigo 11, também salientamos que elas legitimam o tratamento de dados de crianças e adolescentes em harmonia com o seu melhor interesse e se mostram uma alternativa equilibrada às outras duas correntes interpretativas apresentadas pela ANPD no estudo preliminar - a limitação ao consentimento parental ou a aplicação do rol mais amplo de bases legais do artigo 7º da LGPD. Não só, mas o rol de bases legais do artigo 11, somado ao quanto já positivado no artigo 14 da LGPD, fornece amparo para qualquer atividade de tratamento de dados que efetivamente tenha em seu centro o melhor interesse da criança e do adolescente.

É dizer, as operações de tratamento envolvendo crianças e adolescentes - que são efetivamente lícitas, nos termos do caput do artigo 14 da LGPD - e normalmente são atribuídas à necessidade de bases legais mais flexíveis, como o legítimo interesse, podem encontrar respaldo em bases legais do artigo 11 da mesma lei, conforme se verá a seguir.

4. A inaplicabilidade das bases legais do artigo 7º da LGPD para o tratamento de dados de crianças e adolescentes

Considerando o exposto no tópico anterior, acreditamos que a interpretação mais adequada para a devida proteção do direito fundamental à proteção de dados de crianças e adolescentes está na equiparação por analogia da atividade de tratamento de dados desse público como uma atividade de tratamento sensível. Portanto, as bases legais mais adequadas para embasar tais atividades seriam aquelas previstas pelo artigo 11.

Ambas as outras correntes apresentadas no estudo preliminar da ANPD, em nossa interpretação, se desalinham de maneira discrepante da doutrina da proteção integral, do imperativo do melhor interesse da criança e do adolescente e do dever de precaução e prevenção em relação à proteção da infância e adolescente.

Esta contribuição não irá se debruçar sobre os motivos pelos quais não é viável ou protetiva a interpretação da LGPD que considera a aplicabilidade única do consentimento parental para tratamento de dados de crianças e adolescentes, uma vez que está alinhada ao que foi apresentado pela ANPD em seu estudo preliminar nesse sentido.

Abaixo, porém, passamos a mais detalhadamente explicar o que já foi anteriormente levantado neste documento: os motivos pelos quais a aplicabilidade do rol de bases legais do artigo 7º para tratamento de dados de pessoas com menos de 18 anos é contrário à lógica internacional, constitucional e infralegal brasileira, na medida em que expõe crianças e adolescentes a riscos que não podem deixar de ser considerados.

Mais especificamente, ilustramos tais preocupações a partir da base legal do legítimo interesse, a qual tem sido utilizada para tratar dados de crianças e adolescentes, ainda que não haja consenso doutrinário sobre sua licitude.

A base legal do legítimo interesse sempre foi objeto de intensa disputa na regulação da proteção de dados pessoais. Mesmo no cenário europeu, que contava com a previsão desta base legal na Diretiva 95/46, houve uma grande preocupação com a correta interpretação e implementação dessa base legal no processo de atualização da legislação da proteção de dados que viria com o General Data Protection Regulation (GDPR) para que esta hipótese não

fosse entendida como uma “porta aberta” para o tratamento de dados pessoais. Por esse motivo, o Article 29 Working Party recomendou que a nova legislação trouxesse previsões sobre um teste de balanceamento a ser realizado para equilibrar os interesses do controlador com os dos titulares, com deveres reforçados de *accountability* para documentar esse processo³⁶.

Um processo similar pode ser observado no Brasil, no momento do debate legislativo acerca da LGPD, que foi alvo de intensa disputa acerca de sua posição enquanto base legal em pé de igualdade com as demais e os benefícios que isso traria para os agentes de tratamento, frente aos riscos para os titulares e a possível insegurança jurídica de uma base legal com muita abertura interpretativa. Por esse motivo, a introdução do atual artigo 10 da LGPD foi o meio termo encontrado para conciliar e balancear essas oposições³⁷.

Esse contexto é relevante na medida em que revela algo fundamental acerca do legítimo interesse: é um pressuposto dessa base legal uma tensão entre o legítimo interesse do controlador e a legítima expectativa e a proteção dos direitos do titular. Daí a necessidade de um teste de balanceamento, para que um denominador comum seja alcançado.

Contudo, quando adiciona-se à equação o melhor interesse da criança e do adolescente, tal conciliação ou balanceamento torna-se inalcançável. Como preconizado pelo artigo 14, caput, da LGPD: “O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”. Sendo assim, o interesse único em análise deverá ser o da criança ou adolescente, afastando-se qualquer possibilidade do interesse do controlador ou de terceiro a ele se sobrepor. Em outras palavras, não é possível vislumbrar alguma hipótese em que o ordenamento jurídico brasileiro admita o balanceamento de interesses entre o controlador e um titular que seja uma criança ou adolescente.

Nesse sentido, apesar do Estudo Preliminar desenvolvido pela ANPD trazer considerações acerca da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, não houve um aprofundamento nesses institutos ou adequada consideração deles enquanto pressupostos quando confrontados com os contornos da base legal do legítimo interesse:

³⁶ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. 2014. Disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf.

³⁷ BIONI, Bruno; KITAYAMA, Marina; RIELLI, Mariana. O Legítimo Interesse na LGPD: quadro geral e exemplos de aplicação. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.

É importante frisar, assim, que a utilização de bases legais mais flexíveis ou menos claramente parametrizadas pela Lei, como a do legítimo interesse, devem, no caso do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, levar sempre em consideração o seu melhor interesse e, conseqüentemente, ser temperadas com uma dose adicional de cautela, considerando a vulnerabilidade desse público e os riscos potenciais aos seus direitos fundamentais³⁸.

A “consideração” do melhor interesse da criança e a expressão “temperadas com dose adicional de cautela” não refletem adequadamente o que está escrito no texto legal. O caput do artigo 14 da LGPD é extremamente direto ao delimitar que a licitude de qualquer atividade de tratamento de dados de *crianças ou adolescentes* depende do atingimento de seu melhor interesse, enquanto a base legal do artigo 7º, inciso IX se destina a atividades de tratamento de dados a serem realizadas “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro”. **Uma atividade de tratamento de dados não pode, ao mesmo tempo, atender o melhor interesse da criança ou adolescente que é titular do dado e do controlador (ou de terceiro), por, necessariamente, se tratarem de sujeitos diferentes, em polos diferentes, de uma mesma relação.**

É importante mais uma vez frisar que o melhor interesse da criança ou adolescente não é apenas um elemento adicional a ser considerado em uma equação de balanceamento, mas o núcleo essencial de toda e qualquer relação entre um controlador de dados e um titular que seja criança ou adolescente. Não há, nesse sentido, “tempero de cautela” que seja suficiente para estabelecer uma equidade nessa relação.

Ao contrário de outras disposições na LGPD, que apesar de considerar a posição de vulnerabilidade de um titular, permitem o tratamento de dados que envolva um alto risco, desde que medidas de mitigação tenham sido adotadas (como a elaboração de um relatório de impacto, por exemplo), **ao se tratar dados de crianças e adolescentes a LGPD e todo o arcabouço jurídico internacional e brasileiro que estabelecem deveres de precaução e prevenção são assertivos em somente permitir que operações de dados sejam realizadas no melhor interesse desses sujeitos, não havendo espaço para mitigação de riscos de atividades que estejam em desacordo com esse preceito.** É também a conclusão a que chegam Caitlin Mulholland e Mariana Palmeira:

³⁸ ANPD. Estudo Preliminar: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. 2022, p. 18. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rscbaHg2sqKqRHdOcVgjMWZlyGptBAhJ/view?usp=sharing>.

Entretanto, em situação peculiar se encontra o interesse legítimo do controlador ou de terceiro (artigo 7º, IX). Neste caso, entendemos pela incompatibilidade desta base legal aplicada ao tratamento de dados de crianças e adolescentes por um motivo principal: a cláusula geral do melhor interesse se impõe como filtro antecedente tornando prejudicada a possibilidade de qualquer outro interesse prevalecer além daquele (criança ou adolescente)³⁹.

Aqui, ainda cabe pontuar que **a argumentação de que o controlador poderá ter o mesmo interesse do que seria o melhor interesse da criança incorre em dois graves erros: (i) um olhar paternalista para os interesses de crianças e adolescentes, considerando que um sujeito externo a elas poderia determinar unilateralmente o que estaria em seu melhor interesse; e (ii) um erro conceitual acerca da base legal do legítimo interesse, que tem sua razão de existir atrelada ao balanceamento de interesses distintos aos do titular.** Em situações em que essa dissonância de interesses não existe, outras bases legais já legitimam as atividades de tratamento de dados, como será explicitado adiante.

Ainda, na avaliação da ANPD acerca dos argumentos favoráveis e contrários à interpretação de que tanto as hipóteses previstas no art. 7º quanto do art. 11 da LGPD seriam aplicáveis para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, nota-se que argumentos que não consideram o melhor interesse da criança e do adolescente foram levantados como argumentos favoráveis. De forma ainda mais grave, considerou-se como argumentos contrários justamente aqueles que apontam que essa interpretação traz mais riscos e pode colidir com o melhor interesse da criança.

Ainda assim, a ANPD considerou que no “embate” entre argumentos favoráveis que não consideram o melhor interesse da criança e adolescente, e contrários que explicitam o risco dessa abordagem ferir justamente tal instituto, o melhor interesse poderia ser colocado em segundo plano. Portanto, solicitamos que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados reconsidere a avaliação feita entre os argumentos favoráveis e contrários e reestabeleça a prioridade absoluta da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente.

39 MULHOLLAND, Caitlin; PALMEIRA, Mariana. As bases legais para tratamento de dados de crianças e adolescentes. As bases legais para tratamento de dados de crianças e adolescentes, p.338. In: LATERÇA, Priscilla Silva; FERNANDES, Elora; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BRANCO, Sérgio (Coords.). Privacidade e Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. E-book. <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/10/Privacidade-e-Protecao-de-Dados-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes-ITS.pdf>

Aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD	
ARGUMENTOS FAVORÁVEIS	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS
<ul style="list-style-type: none"> • Maior flexibilidade em face da diversidade de situações concretas, uma vez que permite a incidência das hipóteses legais previstas no art. 7º ou no art. 11 da LGPD, aumentando o rol de possibilidades de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, desde que seja em seu melhor interesse; • Enfatiza que a proteção da criança e do adolescente deve estar baseada no princípio do melhor interesse, conforme o art. 14 da LGPD, independentemente da hipótese legal utilizada; • Evita estabelecer proibições jurídicas abstratas de utilização de determinadas hipóteses legais, sem considerar as limitações e as consequências práticas dessa determinação; • Não impede que a ANPD estabeleça restrições ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em situações concretas específicas, inclusive quanto ao uso de determinadas bases 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; • Tratamento não diferenciado entre as hipóteses legais, mantendo-se a ausência de hierarquia entre elas, tal como preconizado na LGPD. 	<ul style="list-style-type: none"> • Pode trazer mais riscos ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, uma vez que autoriza a utilização de hipóteses legais de finalidade ampla como a do legítimo interesse, da execução de contrato e da proteção ao crédito; • Segundo determinadas interpretações, as hipóteses do legítimo interesse do controlador, assim como a de proteção ao crédito, naturalmente, colidiriam com o melhor interesse da criança.

Fonte: Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ESTUDO PRELIMINAR: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Destaques não constam no original

Dando prosseguimento ao diálogo com o Estudo Preliminar desenvolvido pela ANPD, uma das situações em que a Autoridade argumenta ser necessário contar com a base legal do legítimo interesse seria a seguinte:

Por exemplo, ao utilizar a rede wi-fi de sua escola, os dados pessoais de crianças e adolescentes podem ser eventualmente coletados com base no legítimo interesse do controlador visando à própria segurança daqueles estudantes e ao adequado gerenciamento da rede da escola, como ao impedir o acesso a determinadas páginas eletrônicas ou ao identificar uma criança que acessou determinada página em horário específico⁴⁰.

Essa situação poderia ser facilmente amparada em outras hipóteses autorizativas presentes na LGPD. O próprio art. 14, em seu § 3º, autoriza o tratamento de dados de crianças, sem o consentimento dos pais ou responsável legal, para a sua proteção. O impedimento de acesso a determinadas páginas que podem apresentar conteúdo inadequado para crianças e adolescentes é uma das situações que estariam abarcadas pelo art. 14, § 3º. **Inclusive, ressalta-se aqui a importância de, ao regulamentar as hipóteses autorizativas de tratamento de dados de crianças e adolescentes, a ANPD não só considerar a previsão desse dispositivo, mas debruçar-se sobre seus contornos, de forma a garantir que as atividades de tratamento que visem proteger crianças e adolescentes possam acontecer com a devida segurança jurídica, sem ser necessário abrir hipóteses que ampliem os riscos para esses titulares vulneráveis.**

Essa mesma hipótese autorizativa pode legitimar o tratamento de dados em diversas situações em que o melhor interesse da criança precisa ser viabilizado sem depender do consentimento dos pais ou responsáveis legais, como monitoramento de ambiente por câmeras de segurança, análise antifraude e processos de verificação de idade.

Por fim, o artigo 11, II, d, também viabiliza atividades de tratamento de dados para garantir os direitos das crianças e adolescentes, ainda que unicamente em relações contratuais; e o artigo 11, II, g, permite o tratamento de dados para verificação de fraude e segurança do titular. Portanto, **não se vislumbra qualquer situação em que uma base legal mais ampla e flexível como a do legítimo interesse seja de fato essencial para viabilizar atividades de tratamentos que sejam efetivamente lícitas.**

⁴⁰ ANPD. Estudo Preliminar: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. 2022, p. 17. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1rscbaHg2sqKqRHdOcVgjMWZlyGptBAhJ/view?usp=sharing>.

É dizer, a base legal prevista no artigo 7º, IX funcionaria como uma porta aberta para realização de atividades de tratamento de dados que violam o princípio do melhor interesse, distanciando-se de todas as previsões de proteção à infância e adolescência cristalizadas no ordenamento jurídico brasileiro. É o que se observa também a partir de casos concretos no cenário internacional:

Caso Instagram

Em julho de 2022, o European Data Protection Board (EDPB) emitiu uma Binding Decision invocada pelo art. 65(1)(a) da GDPR, na qual foi aplicada à Meta a segunda maior multa da GDPR desde sua entrada em vigor, no valor de 405 milhões de euros. O caso é de grande relevância para o tema em debate, visto que se trata justamente de um caso envolvendo o tratamento de dados de crianças e adolescentes e a adequação ou não das bases legais do legítimo interesse e execução do contrato.

Em breve síntese, a empresa tornava mandatória a disponibilização pública, por meio do Instagram, de informações de contato (email e/ou telefone) de todas as contas profissionais da plataforma, o que incluía contas de crianças e adolescentes. Essas informações de contato eram visíveis de forma pública no código HTML da página e sem a necessidade de se estar conectado ao ambiente da plataforma com uma conta. A controladora de dados argumentou que se valia das bases legais do legítimo interesse e execução do contrato para essas atividades⁴¹.

Diversas autoridades de proteção de dados do continente europeu apresentaram objeções à fundamentação apresentada pela empresa, contestando o enquadramento das duas bases legais. Em relação à base legal de execução do contrato, questionou-se a validade do contrato, uma vez que não havia evidências de que os usuários (especialmente crianças) poderiam entrar nessa relação contratual livremente e devidamente informados de seus termos. A necessidade desse compartilhamento de dados também foi colocada em xeque e referendada pelo European Data Protection Board (EDPB) enquanto um compartilhamento excessivo e, portanto, que viola a base legal.

Já em relação ao legítimo interesse, foi questionado pelo EDPB a legitimidade desse interesse, não havendo uma precisão suficiente de qual interesse estava sendo buscado pela

41 EDPB. Binding Decision 2/2022 on the dispute arisen on the draft decision of the Irish Supervisory Authority regarding Meta Platforms Ireland Limited (Instagram) under Article 65(1)(a) GDPR. 2022. Disponível em: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-09/edpb_bindingdecision_20222_ie_sa_instagramchildusers_en.pdf.

empresa controladora, nem a respeito de sua legalidade e especificidade. Da mesma forma, questionou-se a necessidade da publicização de dados de contato fora do ambiente da plataforma para alcançar o interesse pretendido, de forma que a Meta posteriormente modificou sua política e deixou de tornar obrigatório esse compartilhamento, evidenciando que não havia de fato uma necessidade.

É também relevante destacar que o EDPB considerou que não houve uma avaliação adequada dos impactos aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes no exercício de balanceamento de interesses, de forma que o compartilhamento de suas informações de contato apresentava riscos significativos considerando *“a falta de medidas adequadas para lidar com esses riscos, a falta de informações adequadas aos titulares dos dados sobre a publicação e suas consequências e a impossibilidade de optar por não participar da publicação”*⁴².

Portanto, temos um notório caso em que bases legais presentes na GDPR - e que se refletem no artigo 7º da LGPD - foram usadas para fundamentar o tratamento de dados que violavam direitos fundamentais de crianças e adolescentes por mais de três anos, até que a própria controladora de dados mudasse sua política, e mais de seis anos até que o caso fosse analisado e julgado de forma final por órgãos de enforcement de proteção de dados pessoais. Nota-se, ainda, que embora a atividade tenha sido cessada após três anos, os danos ocasionados em titulares particularmente vulneráveis e em fase de desenvolvimento podem ser irreversíveis.

Essa abertura no cenário brasileiro poderia expor crianças e adolescentes ao mesmo risco, se não maior, uma vez que a cultura de privacidade e proteção de dados em âmbito nacional é ainda incipiente, de forma que tanto controladores de dados podem não possuir uma compreensão adequada dos riscos e dos parâmetros para se avaliar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes - especialmente em relação ao princípio do melhor interesse -, quanto órgãos de *enforcement* podem não ter a agilidade necessária para coibir esses abusos.

Caso TikTok

Um segundo caso notório no qual os direitos fundamentais de crianças e adolescentes foram colocados em risco a partir da base legal do legítimo interesse está no anúncio de alteração da política de privacidade do TikTok ocorrido em julho de 2022. A plataforma de

⁴² EDPB. Binding Decision 2/2022 on the dispute arisen on the draft decision of the Irish Supervisory Authority regarding Meta Platforms Ireland Limited (Instagram) under Article 65(1)(a) GDPR. 2022, p.19. Disponível em: https://edpb.europa.eu/system/files/2022-09/edpb_bindingdecision_20222_ie_sa_instagramchildusers_en.pdf.

rede social informou que passaria a se valer do legítimo interesse para direcionar anúncios personalizados a seus usuários, e não mais no consentimento desses titulares. A mudança valeria apenas para usuários com mais de 18 anos de idade⁴³.

Houve, contudo, uma reação imediata por parte de diversas autoridades de proteção de dados europeias, especialmente as autoridades italiana, espanhola e irlandesa⁴⁴. Além de invocarem uma possível violação à Diretiva 2002/58 (conhecida como *E-Privacy Directive*), a Autoridade de Proteção de Dados Italiana demonstrou preocupação com a proteção de usuários infantis na plataforma, pois as dificuldades encontradas pelo TikTok na implementação de medidas apropriadas de verificação de idade para impedir que crianças acessem a plataforma acarretavam, conseqüentemente, no risco de anúncios personalizados serem veiculados para pessoas com menos de 14 anos, com base no legítimo interesse da controladora⁴⁵.

Esse exemplo evidencia mais uma vez como controladores de dados podem, ainda que de forma não intencional, colocar os direitos de crianças e adolescentes em risco quando há uma abertura para que seus dados sejam tratados a partir da base legal do legítimo interesse. Caso não houvesse uma atuação coordenada e rápida de autoridades de proteção de dados, motivada por denúncias da sociedade civil organizada, crianças e adolescentes estariam sujeitas a práticas ilícitas de tratamento de dados e direcionamento de anúncios, o que impacta de maneira importante seu desenvolvimento e uso saudável de plataformas digitais⁴⁶. Novamente, o caso demonstra como controladores de dados podem falhar em seu dever de *accountability*, prevenção e proteção do melhor interesse da criança e do adolescente quando inexistirem incentivos regulatórios para tanto.

Portanto, a partir dos pontos aqui elencados, concluímos que caso a ANPD entenda que o legítimo interesse é uma base legal compatível para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, o que está se admitindo, por consequência, é que existirão situações em que o melhor interesse da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral podem ser sobrepostos por um interesse do controlador de dados.

43 TIKTOK. Changes to our personalised advertising settings in the EEA, UK and Switzerland. Disponível em: <https://www.tiktok.com/legal/changes-to-personalised-advertising-in-the-eea?lang=gb>.

44 LOMAS, Natasha. TikTok 'pauses' privacy policy switch in Europe after regulatory scrutiny. Disponível em: <https://techcrunch.com/2022/07/12/tiktok-pauses-privacy-policy-switch/>.

45 GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. Tik Tok: Altolà del Garante Privacy alla pubblicità "personalizzata" basata sul legittimo interesse. Base giuridica inadeguata e rischi che la pubblicità arrivi anche ai minori. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9788342>.

46 *Idem*.

De forma semelhante, vale ressaltar, essa lógica que rechaça o legítimo interesse para tratamento de dados de crianças e adolescentes se aplica às outras bases legais previstas no artigo 7º da LGPD e que não encontram equivalência no artigo 11 da mesma lei. A previsão dessas bases legais não deixa de ser importante no sistema de regulação da proteção de dados brasileiro, mas é certo que elas seguem uma lógica mais flexível, que não parte do pressuposto de vulnerabilidade do titular de dados, como inegavelmente demandam os institutos de proteção à infância e adolescência.

5. A importância de uma atuação mais ampla da ANPD na regulação da proteção de dados de crianças e adolescentes

É indubitável a importância do movimento desta Tomada de Subsídios em se debruçar sobre a controvérsia das bases legais adequadas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes. É igualmente importante, entretanto, que se reconheça que a proteção de crianças e adolescentes - que deve ser realizada com absoluta prioridade, nos termos da Constituição Federal - em um cenário socioeconômico de intensa datificação depende de uma atuação mais ampla da ANPD em relação à temática.

No cenário internacional há um movimento regulatório recente capitaneado por autoridades de proteção de dados de delimitação de normas e padrões mínimos para o tratamento adequado de dados de crianças e adolescentes e/ou design de produtos e serviços que possam ser utilizados por esse público. Merecem destaque, nesse movimento, o *Age Appropriate Design Code*, do Information Commissioner's Office - ICO (Reino Unido), e o *Children's Rights Fundamentals*, da Data Protection Commission - DPC (Irlanda). Inspirado em ambos situa-se também o recém aprovado *California Age-Appropriate Design Code Act* (CAADCA).

Esses códigos oferecem um olhar amplo para a proteção de dados de crianças e adolescentes, destrinchando, por exemplo, de forma específica quais atividades de tratamento de dados são incompatíveis com o melhor interesse da criança e do adolescente e quais medidas de mitigação de riscos os controladores devem tomar quando suas operações envolverem dados de crianças e adolescentes.

Entendemos ser essencial para o atendimento a seu dever constitucional de proteção à infância e adolescência que a ANPD se movimente de forma semelhante, colocando como eixo central de seus trabalhos o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, não apenas por estar no *caput* do artigo 14 da LGPD, mas também por toda a sua importância na construção da doutrina de proteção da criança e do adolescente, tanto no contexto internacional, quanto as já destacadas conseqüentes influências no contexto brasileiro.

Entre os tópicos a respeito dos quais entendemos ser essencial a Autoridade se debruçar, destacamos o dever dos controladores de documentar como suas atividades de tratamento de dados envolvendo titulares com menos de 18 anos atendem aos melhores

interesses desses sujeitos.

Como já destacado em tópico específico, tal instituto tem seus contornos materializados para a aplicação prática por meio do Comentário Geral 14 do Comitê dos Direitos das Crianças, no qual são expressas as três dimensões do conceito: (i) direito fundamental; (ii) princípio jurídico interpretativo; e (iii) regra procedimental.

Com relação à terceira dimensão, ela se exprime nos casos quando uma decisão que envolva uma criança (ou grupo de crianças) possa afetar seus interesses, o que leva a necessidade de que o processo decisório inclua uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) que será causado. Desse modo, tem-se que as operações de tratamento que envolvam dados de crianças e adolescentes devem ser documentadas *para garantir que o melhor interesse* “foi considerado na decisão, em quais critérios ela se baseia e como foi realizada a ponderação do melhor interesse em relação a outras considerações”⁴⁷. Isto é: independentemente da base legal ou hipótese interpretativa que está servindo como bússola norteadora, a operação deve ser documentada.

Não à toa, entre os quinze padrões protetivos do acima mencionado *Age Appropriate Design Code* está a obrigatoriedade da elaboração de uma documentação, mais especificamente, de um *Data Protection Impact Assessment* (DPIA) para avaliar e mitigar os riscos aos direitos e liberdades das crianças decorrentes do tratamento de seus dados pessoais. Para tanto, o ICO disponibiliza em seu site: (i) um template padrão editável de DPIA⁴⁸ que pode ser adaptado a cada setor específico; (ii) um *toolkit* de autoavaliação⁴⁹ para que as empresas consigam desenvolver suas próprias análises, baseada em riscos, de como o UK GDPR e o *Children's Code* se aplicam no contexto em questão, com etapas práticas de avaliação.

Ao lado de um DPIA - cujo equivalente no cenário nacional seria o relatório de impacto à proteção de dados -, outra forma efetiva de construir uma avaliação de impacto centrada em crianças é por meio de um *Children's Rights Impact Assessment* (CRIA). O CRIA é uma metodologia de documentação criada pelo Comitê dos Direitos das Crianças da ONU, originalmente para fazer avaliação de impacto à direitos humanos e “traduzir o artigo 3 da Convenção dos Direitos das Crianças, com relação à dar prioridade ao melhor interesse da criança e colo-

47 FERNANDES, Elora; MEDON, Filipe. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, 4(2), 2021. <https://doi.org/10.46818/pge.v4i2.232>.

48 ICO. DPIA annex template. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2617008/annex-d-template.docx>.

49 ICO. Children's Code Self-Assessment Risk Tool. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/childrens-code-hub/childrens-code-self-assessment-risk-tool/>.

cá-lo em prática de maneira estruturada e concreta”⁵⁰.

Atualmente, organizações como a Digital Futures Commission, vêm estudando e propondo a utilização desse tipo de relatório para as demandas no ambiente digital. Em 2021, a referida organização, em conjunto com a 5Rights Foundation, lançou o relatório “*Child Rights Impact Assessment (CRIA): A tool to realise child rights in the digital environment*”⁵¹, que faz uma retrospectiva do uso desse tipo de documentação, além de fornecer uma listagem dos principais modelos de CRIA’s produzidos e utilizados em diferentes países. A utilização desse tipo de relatório, conforme destacado pelas autoras, já é adotada em países como Austrália, Nova Zelândia, Canadá e, no sul global, em países como Índia, Colômbia, Bolívia e Costa Rica⁵².

Por sua vez, o UNICEF também vem desenvolvendo pesquisas sobre CRIA’s voltados para a dinâmica digital e recentemente publicou a segunda edição do “*MO-CRIA: Child Rights Impact Self-Assessment Tool for Mobile Operators*”⁵³. Esse documento setorial também tem como objetivo fornecer orientações sobre como analisar e gerenciar impactos potenciais e reais sobre os direitos da criança, pautados no melhor interesse desses sujeitos, além de buscar a construção de padrões para apoiar atores privados na mitigação de riscos.

Entendemos que a imposição aos controladores de um dever de documentação de como suas atividades envolvendo o tratamento de dados de crianças e adolescentes atende ao melhor interesse desses sujeitos, independentemente da base legal escolhida para a operação, é uma medida que pode ser desde já tomada pela ANPD e que é essencial para um efetivo cumprimento das disposições constitucionais e legais de proteção à infância e adolescência.

E não só: entendemos que a delimitação das bases legais adequadas para tratar dados de pessoas com menos de 18 anos e a imposição desse dever de documentação de seu melhor interesse devem marcar o início de um movimento amplo e aprofundado de regulamentação da proteção de dados de crianças e adolescentes, que se dê de acordo com os padrões internacionais, privilegiando, justamente, o envolvimento das crianças e adoles-

50 SYLWANDER, L. . Child Impact Assessments: Swedish Experience of Child Impact Analyses as a tool for implementing the UN Convention on the Rights of the Child (Child Participation). Ministry of Health and Social Affairs, and Ministry of Foreign Affairs, Sweden,2021. <https://resourcecentre.savethechildren.net/node/6728/pdf/6728.pdf>.

51 DIGITAL FUTURES COMMISSION. Child Rights Impact Assessment: A tool to realise child rights in the digital environment.2021 Disponível em: <https://digitalfuturescommission.org.uk/wp-content/uploads/2021/03/CRIA-Report.pdf>.

52 DIGITAL FUTURES COMMISSION, *Op. cit*, p.8.

53 UNICEF. MO-CRIA: Child Rights Impact Self-Assessment Tool for Mobile Operators:guide to second edition. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/mo-cria-child-rights-impact-self-assessment-tool-mobile-operators>.

centes e também abrangendo especialistas de diversas áreas do conhecimento cujos saberes tocam à sua proteção.

6. Conclusão

Por todo o exposto, esta contribuição entende que a **única interpretação legal que se alinha à ordem jurídica internacional, à Constituição Federal, ao ECA e ao próprio caput do artigo 14 da LGPD, é aquela que entende pela adequação das bases legais do artigo 11 para o tratamento de dados de crianças e adolescentes**. Tal conclusão se deve à compreensão de que qualquer outro posicionamento deixa de seguir uma abordagem precaucionária e o dever de prevenção geral de proteção à infância e à adolescência compartilhado entre Estado, família e toda a sociedade. Consequentemente, qualquer outro posicionamento passa a estar em desacordo com a doutrina da proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente.

Em paralelo, e não deixando de reconhecer a importância de a ANPD definir sua interpretação sobre quais são as bases legais adequadas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, entendemos que, antes do que a compreensão de quais bases legais um agente de tratamento poderá usar para tratar dados de crianças e adolescentes, é fundamental que esses agentes saibam como garantir a proteção integral da criança e o seu melhor interesse. Isso se dá a partir do estabelecimento de regras de mudanças focadas em design, arquitetura informacional e promoção ou desincentivo a modelos de negócio predatórios e de uma tomada de consciência coletiva de que crianças e adolescentes não podem ser alvos de comportamentos abusivos e ilícitos.

Sendo assim, para além de sustentar a aplicação da hipótese de equiparação de dados de crianças e adolescentes à dados sensíveis, entendemos ser importante que a ANPD **reveja sua ordem de prioridades na regulamentação da proteção de dados de crianças e adolescentes, e centralize em sua atuação o desenvolvimento de mecanismos regulatórios nos quais seja possibilitada à sociedade civil especializada ampla participação e, sobretudo, seja reconhecido o protagonismo daqueles cuja proteção deve buscar-se atingir com absoluta prioridade: as crianças e adolescentes**.

Júlia Mendonça

Pesquisadora da Associação Data
Privacy Brasil de Pesquisa

Marina Meira

Coordenadora de Projetos da Associação Data
Privacy Brasil de Pesquisa e Coordenadora
do Grupo de Trabalho em Infância e Dados da
Comissão de Defesa dos Direitos da Criança e do
Adolescente da OAB/SP

Pedro Martins

Coordenador Acadêmico do Data
Privacy Brasil Ensino

Isabella Henriques

Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da
Criança e do Adolescente da OAB/SP

Thaís Rugolo

Secretária do Grupo de Trabalho em Infância e
Dados da Comissão de Defesa dos Direitos da Criança
e do Adolescente da OAB/SP