
Contribuições no Documento Opine - Aqui

Número: OP-236068

Data: 08/09/2022 - 09:27

Resumo: : "Uma demanda de grande importância que considero também oportuno tratarmos no âmbito da LGPD, esta relacionada as crianças e adolescentes portadoras de deficiência, enquadrados na CID-90 (Síndrome de Down) e no Transtorno do Espectro do autismo, tenho acompanhando em algumas ONG de atendimento específico de crianças e adolescentes portadores desta deficiência a dificuldade do profissionais de educação e cuidadores em relação a este tratamento de dados administrativamente e também com terceiros. Anderson ██████████

Contribuinte: Anderson Luiz Rodrigues

Número: OP-239608

Data: 09/09/2022 - 08:40

Resumo: : "Está havendo uma orientação equivocada por parte de alguns advogados para as instituições de ensino, dizendo que não pode mais aceitar estágio, porque isto implicaria nestes estagiários terem acesso aos dados dos alunos menores e adolescentes. Lendo o documento não há qualquer orientação a respeito de não poder mais ter ofertas de estágio nas escolas de ensino fundamental e médio. Acho importante que a ANPD esclareça esta questão dos estagiários, orientado as instituições de ensino de como elas devem proceder para deixar esta oferta legalizada perante a Lei.

Contribuinte: MARIA TEREZA FERRABULE RIBEIRO

Número: OP-239726

Data: 09/09/2022 - 15:33

Resumo: : " A fim de evitar o uso indevido e pelo analfabetismo digital por parte da maioria dos titulares, e para evitarem o consentimento sem entenderem a real finalidade do uso dos dados, entendemos que o fator determinante para tratar dados de crianças e adolescentes deva ser o Consentimento, conforme: Art. 14 § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Mesmo que seja assegurado o Art. 7º II e V nos itens: II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a

contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; Tais como os benefícios de Plano de Saúde e Odontológico ofertado por empresas aos Colaboradores. Caso o consentimento usado como Base Legal ocasione limitações jurídicas ou dificuldade de aplicação ou para equilibrar as partes do tratamento de dados, o controlador devera de forma comprobatória e concretas, demonstrar que usou de todas as formas possíveis, inclusive por meio eletrônico conseguir o consentimento do Titular conforme e Art 8º e Art. 14º. § 5º e considerando a finalidade, a boa-fé, e o melhor interesse para que mesmo com base legal o uso inadequado seja evitado, tendo em vista que o Consentimento não significa controle por parte do Controlador; Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, § 5º, § 6º Art. 14º. § 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis. Quando ao uso do Legítimo Interesse do Controlador conforme Art. 10, I, II, o controlador devera de forma comprobatória demonstrar que usou de todas as formas possíveis conseguir o consentimento do Titular. Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: I - apoio e promoção de atividades do controlador; e II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei. O Controlador deverá cumprir em sua totalidade o Art. 9º , I, II , III ,IV , V , VI e VII da LGPD. Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: Não distante devemos lembrar das organizações religiosas onde existe a transmissão via TV ou pela internet, Lista batismo, Casamento, Informativo, WhatsApp, Aniversários, Texto não estruturado (.doc, .pdf, email e outros), Planilhas de controle, Páginas web, Imagem, Registro de áudio, Bases de dados, Grupos em Geral, Multimídia, Mídias sociais, Imagens (Filmadora e CFTV), todas obtidas via culto, encontros , ou outro evento congregacional ou nas dependências da Igreja, onde são captados dados , eles já viram dados sensíveis por serem obtidos dentro da instituição religiosa (Convicção religiosa, organização de caráter religioso, biométrico) onde não há a possibilidade de se obter o consentimento prévio do titular que participa do ato religioso, podendo o Controlador usar o Art. 7º § 3º . Art. 7º § 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; Não impedindo que antes do ato religioso fosse informado que as imagens são gravadas e transmitidas via sistema eletrônico com a finalidade de propagação do evangelho demonstrando o engajamento, conhecimento, cuidados e transparência com a LGPD, incluindo o ambiente digital, by design” . Tais medidas evitam o uso comercial, discriminação e uso fora a finalidade determinada e garantem a sua destruição a fim de evitar

os “registros digitais” e atendem ao Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, no seu Artigo 3, 1 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. E pela dificuldade de se aplicar o Art. 5º XII, onde exige o consentimento do Titular. Art. 5º - XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; Lembrando que a negativa do Titular não pode implicar consequências negativas que possam prejudicar sua vontade ou criar um “consentimento de fachada”

Contribuinte: WENDEL DE OLIVEIRA BABILON

Número: OP-239864

Data: 11/09/2022 - 19:33

Resumo: : "Após ler o conteúdo disponibilizado, acredito a autorização dever ser fornecida por um dos responsáveis legais do menor, salvo na hipóteses de investigação policial sobre possível crime cometido a este menor onde o responsável seja objeto de suspeita ou investigação.

Contribuinte: Estevão José Bennemann

Número: OP-240607

Data: 12/09/2022 - 11:44

Resumo: : "A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/18) admite em seu artigo 14 (seção III, do Capítulo II) as crianças e adolescentes como titulares de dados pessoais. Ainda que assim não o fizesse, as garantias de direitos a crianças e adolescentes são uma derivação direta do seu reconhecimento constitucional como pessoa em condição de vulnerabilidade e em desenvolvimento. Significa dizer que as crianças e adolescentes devem ter resguardados e promovidos, em caráter prioritário, os direitos fundamentais e as garantias que são previstas não só no artigo 5º, como também no art. 227 e seguintes, da Constituição Federal. O caput do artigo 14 reitera esse entendimento ao reconhecer que o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado sempre em seu melhor interesse. Apesar de indicar no caput o adolescente como titular de dados pessoais, o conjunto de parágrafos do artigo 14 não deixa dúvidas acerca do seu alcance limitado a crianças, na medida em que em nenhuma outra oportunidade faz menção ao termo adolescente. A restrição é estabelecida logo no parágrafo 1º com a dicção literal: "o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado (...)", para então, nos parágrafos subsequentes, fazer referência sempre aos termos do que está disposto neste parágrafo inicial. Significa dizer que os adolescentes terão tutelados os seus dados pessoais sempre à luz do princípio do melhor interesse, mas as regras específicas previstas no artigo

14 e seus parágrafos só serão aplicadas às situações de tratamento de dados de crianças. No que tange às crianças, além da obtenção do consentimento específico e em destaque (artigo 14, § 1º), outras obrigações são impostas aos controladores. De acordo com o parágrafo 2º, o controlador tem o dever de publicidade em relação aos tipos de dados coletados, forma de uso, bem como dos procedimentos para o exercício dos direitos dos titulares, na forma do artigo 18, LGPD. Tal imposição, de certo modo, reforça o princípio da transparência (artigo 6º, VI), que garante aos titulares informações claras e de fácil obtenção sobre as operações de tratamento e seus agentes. No mesmo sentido, o artigo 9º faculta ao titular acesso facilitado sobre seus dados pessoais. A diferença entre o mandamento de publicidade contido no parágrafo 2º do artigo 14, e da garantia de acesso do artigo 9º, LGPD, parece estar na disposição a priori e generalizada sobre o tratamento de dados de crianças, em contraposição à necessidade de solicitação individual e específica em se tratando de dados de adultos (e adolescentes). Em seguida, o parágrafo 3º do artigo 14 apresenta duas exceções à exigência do consentimento dos pais ou representantes para a coleta de dados de crianças, quais sejam, a necessidade de que esse tratamento seja realizado com o objetivo de contactar os seus responsáveis, ou para a sua imediata proteção. Importa ressaltar que a exceção à obrigatoriedade do consentimento diz respeito à atividade de tratamento específica da coleta, não alcançando as outras formas de tratamento descritas no artigo 5º, X, da LGPD, a exemplo de classificação, reprodução e distribuição. Inclusive o texto legal veda o armazenamento e compartilhamento dessa informação. Destaca-se a imprecisão do termo "proteção" para embasar a exceção ao consentimento. Andaria melhor uma conceituação mais específica, pois "proteção da criança" pode significar sua defesa, segurança, acolhimento, cuidado, amparo, ajuda, entre outros sentidos. De modo a reforçar a proteção de crianças em atividades de entretenimento na internet, o parágrafo 4º impõe que o controlador não exija o fornecimento de informações do titular além do estritamente necessário. O objetivo é evitar que se estabeleçam políticas conhecidas por "tudo ou nada", que obrigam o usuário a concordar com todas as disposições sob pena de não acessar o serviço. No entanto, não é evidente a quais informações o legislador se refere quando determina que o controlador se restrinja às "estritamente necessárias à atividade". Cabe ressaltar que a depender do tipo de conteúdo oferecido existirá uma ampla variedade nesta esfera, a exemplo de dados de localização e acesso à câmera dos dispositivos para jogos envolvendo realidade aumentada. A categoria de brinquedos conectados à internet também é fonte de preocupação quanto ao volume de informações havendo o risco de se transformar em um espião dentro do quarto da criança, enviando seus dados sem o consentimento dos pais. Além disso, caberá ao controlador os esforços para garantir que o consentimento foi de fato dado pelo responsável da criança (§ 5º). Trata-se de uma obrigação a ser cumprida pelo agente de tratamento levando em consideração o estágio tecnológico atual. O desafio que se impõe é a garantia do envolvimento do responsável. A agência norte-americana Federal Trade Commission (FTC) traz algumas sugestões para as organizações que precisam atender a mandamento semelhante presente no Children's Online Privacy Protection (COPPA). Para o acesso a atividades que demandam transações monetárias, a etapa da verificação parental parece se resolver mais facilmente com o uso do cartão de crédito e o sistema de notificação por compras realizadas. A comprovação de identidade representa um desafio aos agentes de tratamento não só no

âmbito do processamento de dados de crianças, mas também nas situações relacionadas ao exercício dos direitos dos titulares na forma do artigo 18. Importante ressaltar que além das duas exceções ao consentimento parental já mencionadas no § 3º (artigo 14), existem outras hipóteses que podem legitimar operações com dados de crianças. Os artigos 7º e 11, da LGPD, indicam as bases legais que autorizam o tratamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis, respectivamente. No entanto, ao trazer regras específicas para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em sessão própria (III) do capítulo II, é preciso identificar se e quais hipóteses gerais (artigos 7º e 11) se aplicam a menores. Entende-se que as bases legais constituem um rol taxativo que deve ser observado pelos controladores ao indicarem a fundamentação para o tratamento de dados pessoais. Se, dentre as bases legais previstas, não houver hipótese para o enquadramento do tratamento, restará ao controlador dois requisitos sobre os quais constituir a sua fundamentação: o consentimento do titular ou o legítimo interesse do controlador. Estas seriam bases legais residuais. Portanto, a dinâmica no que se refere às crianças indica que o consentimento na forma como é estabelecido no artigo 14, § 1º será o requisito legal mandatório quando outras hipóteses relacionadas tanto no artigo 7º, quanto no artigo 11, não se constituírem como enquadramento adequado, ressalvado o legítimo interesse do controlador. É o caso da hipótese de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (Art. 7º, II) quando, por exemplo, a instituição de ensino infantil público ou particular deve enviar dados dos alunos para o MEC para fins relacionados ao Censo Escolar. Da mesma forma, ainda em ambiente escolar, pode se fazer necessário o compartilhamento de dados da criança com determinado serviço de saúde para seu atendimento em situação de emergência. Neste caso, a legitimidade do tratamento é extraída do artigo 11, II, f: tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária. Há que se considerar também a hipótese de tratamento de dados de crianças pela Administração Pública para o desenvolvimento de políticas públicas em âmbito educacional ou de saúde, na forma dos artigos 7º, III e 11, II, b. Adicionalmente pode-se entender que a base legal veiculada no artigo 7º, X, proteção do crédito, é autorizativa para a investigação de fraudes envolvendo dados de crianças (fraude contra credores ou fraude à legítima, por exemplo). A intenção aqui não é exaurir as possibilidades de tratamento de dados infantis fora da regra do artigo 14, § 1º, qual seja: consentimento de um dos pais ou responsável legal da criança, mas tão simplesmente fazer a leitura integrada com as demais hipóteses legais da LGPD. Contudo, em homenagem à posição de vulnerabilidade própria da criança deveriam as bases legais dos artigos 7º e 11 serem submetidas, a priori, ao princípio do melhor interesse? Se sim, podemos assumir que estamos diante de uma cláusula geral de força significativa, a ponto de dificultar ou mesmo impedir a aplicação dos artigos 7º e 11? De todas as hipóteses dos artigos em referência (7º e 11), o interesse legítimo do controlador ou de terceiro é a que mais desafia à reflexão. A primeira conclusão é a de que se o tratamento de dados pessoais precisa ser realizado nos termos do melhor interesse naquilo que lhe é especial, e com camada extra de proteção conforme o artigo 14, também o deverá ser naquilo que lhe é geral (artigos 7º e 11). 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). Outro motivo para apontarmos a incompatibilidade entre a aplicação do legítimo interesse e o tratamento de dados de crianças e adolescentes é o fato de estamos diante de uma base legal que é em si mesma uma cláusula geral. Assim sendo, a flexibilidade garantida à sua aplicação, ainda que limitada pela análise do caso concreto e atrelada ao princípio da finalidade, não se coaduna com o maior rigor exigido ao tratamento de dados de crianças e adolescentes. Por esse ângulo, avocando de maneira preliminar o princípio do melhor interesse, somado às características intrínsecas de flexibilidade e abertura próprias da base legal do legítimo interesse, entendemos pela impossibilidade de sua aplicação no que diz respeito ao tratamento de dados de crianças e adolescentes. Em conclusão, percebe-se que o sentido da norma do artigo 14, in totum, da LGPD, é resguardar os interesses das crianças, na medida em que consideradas sem o necessário discernimento para manifestar o consentimento para o tratamento de seus dados. E que aos adolescentes, incluídos na redação do artigo, deve ser garantida a sua plena manifestação por meio do consentimento, mas que este deverá ser sempre limitado ou filtrado pelo princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse que guiam toda relação jurídica que tenham as crianças e os adolescentes como seus sujeitos.

Contribuinte: Caitlin Sampaio Mulholland

Número: OP-240846

Data: 12/09/2022 - 15:29

Resumo: "Alinhado com o estudo preliminar da ANPD, entendo que a interpretação do art. 14 da LGPD deve ser no sentido de permitir o uso das demais hipóteses legais, para além do consentimento, para o tratamento de dados pessoais de crianças. A título de contribuição, entendo que o estudo poderia aprofundar a questão da informação dirigida aos titulares de dados (criança e adolescentes), na forma prevista no parágrafo sexto do art. 14. Políticas de privacidade direcionadas a esse público deveriam, obrigatoriamente, ser redigidas de maneira mais simples, visual e objetiva para que crianças e adolescentes consigam compreender o seu conteúdo. Além disso, a padronização desse tipo de informação pode ajudar nesse sentido. Acredito que a ANPD poderia pensar em um sistema de co-regulação, convocando as empresas do setor para pensarem em padrões adequados e únicos para políticas de privacidade que sirvam para informar crianças e adolescentes. Outro ponto que acredito que possa ser aprofundado é a interpretação do princípio do melhor interesse da criança na sociedade da informação. O uso de tecnologia por crianças pode trazer benefícios importantes, especialmente para populações afastadas, como ficou demonstrado na Pandemia. Além disso, as possibilidades de interação proporcionadas pela tecnologia, quando em utilizadas, contribuem para o desenvolvimento infantil. Creio ainda que o material poderia aprofundar o diálogo da LGPD com outras normas, notadamente o ECA, CDC e Marco Civil da Internet, que ajudam a interpretar regras de oferta, gestão de dados na internet e melhor interesse da criança. Também acredito que o mau uso de dados pessoais de crianças e

adolescentes deveria ser punido com mais rigor (circunstância agravante, por exemplo), de modo a "incentivar" o correto uso das hipóteses legais de tratamento. Por fim, se possível, gostaria de enviar à ANPD um exemplar do meu livro que trata sobre esse assunto, fruto de tese de doutorado, que acredito que possua subsídios interessante para auxiliar na regulação desse tema tão importante (EBERLIN, Fernando. Direitos da Criança na Sociedade da Informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020). Para onde e aos cuidados de quem eu posso enviar esse material?

Contribuinte: FERNANDO BUSCHER VON TESCHENHAUSEN EBERLIN

Número: OP-240872

Data: 13/09/2022 - 05:16

Resumo: : "hjgjjg

Contribuinte: ABECS - Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços

Número: OP-241951

Data: 14/09/2022 - 14:30

Resumo: : "Gostaria de pontuar as situações/processos em que dados pessoais de menores são enviados pelo próprio responsável legal para que seus dependentes possam receber algum tipo de benefício pela empresa em que trabalha, como por exemplo plano de saúde, plano odontológico, apoio psicológico, etc. Entendemos que, ao serem enviados para a empresa pelo responsável legal para tais propósitos, o consentimento já está implícito, não sendo necessário um termo próprio de consentimento nessas situações.

Contribuinte: Leticia Mol Pereira Palmieri

Número: OP-246066

Data: 16/09/2022 - 09:05

Resumo: : "Primeiramente, parablenizo esta ilustre ANPD pelo excelente trabalho! Minhas contribuições.: 1. O relatório da Comissão Especial que defendeu a aplicação do consentimento para crianças estava direcionado para o tratamento de dados no ambiente online. Por isso, ele aborda o COPPA, norma voltada para serviços online. Inclusive, essa interpretação se coaduna com o art. 8 do GDPR, que fala em consentimento apenas para "serviços da sociedade da informação", bem como uma série de normas internas de países europeus (p. ex. Codice Della Privacy, Seção 2-d). Apesar dessa ressalva não ter ido para no art. 14 expressamente, está claro que é apenas para os serviços online que deve ser abordado o consentimento de crianças, ainda que não seja para toda e qualquer situação de navegação

(excluindo, por exemplo, a telemedicina). 2. Concordamos que o consentimento amplo e irrestrito para crianças e adolescentes tornará a hipótese de tratamento consentimento como algo "de fachada" e gerará prejuízos para os próprios menores. Isso já acontece em vários setores, como saúde e educação. Na área da saúde, inclusive, há situações em que o adolescente busca ajuda médica e não quer que o país saibam. O médico já pode fazer a escolha de atendimento (e coletar dados) sem os pais, conforme situação prevista no art. 74 do Cód. de Ética Médica. Esse mesmo conflito foi abordado no caso Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority do Reino Unido, julgamento que abordou sobre orientações médicas acerca da contracepção para menores e a necessidade ou não de ser exigida a presença dos pais, e que gerou o teste Gillick para definir se o menor possuiria discernimento para ser atendido sozinho. 3. A interpretação de aplicação ampla e irrestrita de consentimento para menores também foi alvo de questionamentos do INEP, que se utilizou desse argumento para não divulgar microdados do ENEM e do Censo Escolar da Educação Básica. 4. Sei que este não foi o objeto específico do trabalho, mas a título de contribuição sugiro que se for utilizado um marco etário para o consentimento obrigatório nos serviços da sociedade da informação, seja utilizada a idade de 12 anos, compatível com os arts. 3o e 4o do CC e o art. 2o do ECRID. 5. Finalmente, indico o artigo que escrevi para o JOTA <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-consentimento-de-criancas-e-so-para-servicos-da-sociedade-da-informacao-21042022> e também o artigo "Só atendo com o Consentimento de um Pai/Responsável? A LGPD na saúde e o dilema do consentimento do menor", que escrevi para a Revista de Direito da Saúde Suplementar – RDSS, 5ª edição, caso haja interesse dessa ilustre ANPD em buscar ainda mais elementos para abordar sobre este assunto. É o que tenho a contribuir, renovando mais uma vez a minha estima e distinta consideração por esta ilustre ANPD. Atenciosamente, Luiz Fernando Picorelli.

Contribuinte: Luiz Fernando Picorelli de Oliveira Mouta

Número: OP-246167

Data: 16/09/2022 - 14:03

Resumo: "Ao iniciar meus estudos sempre achei difícil o entendimento da proteção dos dados de crianças e adolescentes. Acredito que devem ser levados em consideração sim os demais hipóteses previstas na LGPD. Pois nenhuma exime os pais do que ocorre com seus filhos. Só estão em determinada escola por vontade dos pais, só vão em tal posto de saúde por vontade dos pais. E quando falamos de escola e saúde, não falamos de exercício regular de direitos? Sim, os titulares e responsáveis devem ser informados sobre como os dados são tratados, mas limitar ao consentimento creio que não é a realidade. Será que foi verdadeiro e genuíno o consentimento para tratar os dados dos filhos pela escola (no caso de particular pq na pública não vi nenhum caso que pedisse o consentimento dos pais). Então acredito que o entendimento trazido pelo estudo preliminar está correto ao dirigir seus resultados ao critério nº03. Mas surge para mim, uma dúvida, como ficará isso na prática? a lei deverá ser alterada para receber este novo entendimento? como ficam os tratamentos dos dados que já

estão em tratamento? enfim, são estas as minhas considerações. NEM SEMPRE CONSENTIMENTO É POSITIVO.

Contribuinte: Karine Andrioli Faria

Número: OP-247221

Data: 19/09/2022 - 11:40

Resumo: : "Sou Maria Gabriela Galvão, Assessora na Superintendência Estadual de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado de Rondônia - SETIC, atuando em conjunto com a equipe responsável por sua adequação à LGPD. No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, surgiu o seguinte questionamento: A Administração Pública necessita do consentimento elencado nos parágrafos 1º e 2º do art. 14 da LGPD? Ou se encaixa nos incisos II ou III do art. 7º da LGPD?

Contribuinte: MARIA GABRIELA DOS SANTOS GALVAO

Número: OP-247449

Data: 20/09/2022 - 08:04

Resumo: : "Com o intuito de participar deste tema tão relevante e de grande interesse social, inicialmente destaco que além dos pontos discutidos, a ANPD PRECISA IGUALMENTE SE MANIFESTAR EM TODAS AS HIPÓTESES DE TRATAMENTO DE DADOS NO QUE SE REFERE AOS ADOLESCENTES, considerando que a LGPD só menciona o adolescente no título e caput do artigo 14, deixando a cargo dos agentes de tratamento o uso das informações conforme lhes convém. Particularmente já vivi uma situação em que o DPO e seu controlador, usam dados de crianças e adolescentes baseados no contrato escolar, e quando indagado ao DPO terceirizado a respeito de adolescentes, a resposta foi no sentido de que não precisaria de consentimento dos pais, uma vez que a lei menciona apenas consentimento em casos de crianças, além de tratarem de dados de acordo com um contrato de adesão no qual o titular, sequer, tem o direito de se opor ao tratamento de dados, inclusive os sensíveis, além, também, do fato do próprio titular (menor) não ter conhecimento do contrato e ser absolutamente incapaz conforme a lei Civil, ficando assim, sem consentir e sem exigir o consentimento de seus genitores ou responsável legal, agindo a instituição de forma arbitrária e desconsiderando qualquer direito do titular adolescente. Se o entendimento da ANPD for firmado no sentido de livre arbítrio do controlador, sob a base legal do legítimo interesse, principalmente, certamente crianças e adolescentes vão ser prejudicadas e até o problema ser resolvidos pelo judiciário, os danos poderão ser irreversíveis, uma vez que a maioria dos agentes de tratamento não possuem a cultura de proteção de dados, bem como só agem de acordo com seus interesses financeiros. Dificilmente levarão em consideração os interesses dos menores, principalmente dos adolescentes que por um equívoco do legislador, ficaram no "limbo" jurídico (de propósito ou não). Da Interpretação nº 1 – aplicação do

consentimento (art.14, §1º) como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças. Interpretação restritiva ao consentimento específico e em destaque dispensado quando coletados para contatar os pais ou responsável legal ou para a proteção da criança, seria o ideal, objetivando os direitos dos menores e seu melhor interesse. A restrição disposta pelo parecer desta Autoridade, é cabida somente para os controladores, que são os prováveis e possíveis agentes causadores de violação, ou mesmo responsáveis pelos dados, não sendo observada como uma forma prejudicial aos menores. Não se pode entender que o consentimento vai ser dado ou não, pelo fato de quem será responsável pelo consentimento, não vai ler, ou mesmo entender o termo do controlador. Se a base de julgamento for esta, a lei não poderá ser aplicada diante da falta da cultura da proteção de dados, da falta de conhecimento tecnológico, pela idade média do brasileiro e pela média intelectual. A lei exige que o consentimento seja inequívoco, havendo a clara manifestação da vontade, tal disposição merece ser obedecida, e considerada pela ANPD. Conferir o poder ao controlador de dados conforme a interpretação nº 3 é dar margem à utilização indiscriminada e subjetiva, sob o argumento que está agindo no melhor interesse. Quem melhor que o responsável pelo menor, pode averiguar o qual o seu melhor interesse? E se este não agir de acordo como melhor interesse, conforme prevê a legislação, haverá fiscalização, punição e análise de toda a situação pelos órgãos responsáveis. O consentimento vem para reprimir que outrem que não possui responsabilidades individuais com os menores, possam tratar os dados de forma indiscriminada. E que base legal melhor para a ocorrência de abusos que o Legítimo Interesse? OS PAIS TÊM O DEVER PROTEÇÃO, JÁ POSSUEM O ÔNUS, NÃO SENDO EXCESSIVA RESPONSABILIDADE QUANTO AO TRATAMENTO DE DADOS. NA OBRIGAÇÃO LEGAL - INEXISTE O CONSENTIMENTO DE FACHADA, CONSIDERANDO SER DEVER COM BASE NA LEGISLAÇÃO, IGUALMENTE NA PROTEÇÃO DA VIDA. O ESTADO NÃO PODE IMPOR CONDIÇÕES PARA O TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM BASE EM SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS, onde é DESCONSIDERADA A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE, o que vai ao desencontro do melhor interesse do menor, que nem capacidade civil ainda possui. O entendimento de que poderia haver hierarquização de bases legais, também descabe, pois o caso é específico – tratamento de dados de menores-, como nos dados de saúde, se assim o fosse, já existiria tal hierarquia, não havendo como interpretar o consentimento como a principal hipótese legal, uma vez, como dito, seria aplicado ao caso específico de menores. Mesmo que possa ocorrer, em certos casos, antagonismos entre interesses de pais e crianças, estes são os responsáveis em todas as esferas judiciais e isso não pode ser desconsiderado, podendo ser penalizados, tanto civil, administrativa, como penalmente, descabendo o entendimento que o consentimento poderia gerar algum dano ao menor por desencontros entre pais e filhos. Os pais ou responsáveis possuem a função precípua de cuidado, e isso se estende a todas áreas. O Estado, infelizmente, não garante o básico que seria educação, saúde e segurança à população de forma efetiva. Como quer ser o responsável pela proteção de dados de crianças e adolescentes? Até que seja efetivamente criada tal cultura e exista a concreta observação e proteção dos órgãos de fiscalização, nem o Estado, nem o particular vão respeitar os direitos dos menores. A propósito, a maioria das empresas, públicas ou privadas ainda sequer se adequaram à LGPD, e nem estão

preocupados, esperam inicialmente uma manifestação ou intervenção da ANPD para que tomem qualquer providência. Discordo também da ótica da interpretação no qual o consentimento apresenta uma série de limitações jurídicas e dificuldades de aplicação prática, considerando que quem realmente tem a responsabilidade legal deverá também possuir a responsabilidade de consentir ou não. O que pode realmente causar violações aos direitos das crianças é deixar para terceiros o dever da tomada de decisão quanto ao tratamento de dados. A limitação existe quando vislumbramos o lado do controlador, conforme já mencionado, que terá limites para o uso dos dados dos que representam o futuro da nação. Sabemos que somos vigiados constantemente, que as empresas buscam o a maior quantidade de dados pessoais de todas as formas, que traçam perfis de comportamento e com base nos dados de crianças e adolescentes terão o grande poder de influência e manipulação na vida destes que ainda não possuem uma mente formada, e necessitam de proteção. A ideia da exigência do consentimento, não seria de desonerar os Entes Federativos e organizações, que também são responsáveis pelo uso dos dados, mas não permitir que estes, tenham o poder de decisão na vida privada e na intimidade de crianças e adolescentes. O que pode ser ainda adicionado ao entendimento é o fato da inserção do ADOLESCENTE nas mesmas hipóteses das crianças, como já mencionado, pelo fato da incapacidade civil e penal, além do fato de não estarem em completo desenvolvimento, dependendo do consentimento dos pais ou responsáveis quanto ao uso de seus dados, ou mesmo que seu consentimento seja dado juntamente com seus pais, uma vez que torna excessiva a carga de compromisso e responsabilidade decisória sobre uma pessoa em processo de crescimento, inclusive cognitivo. Vale lembrar que os direitos e melhor interesse devem ser sempre protegidos com absoluta prioridade pelas empresas e pelo Estado, mesmo havendo necessidade de consentimento. As bases legais de políticas públicas e tutela de saúde não podem se sobrepôr ao direito de proteção dos menores, permitindo ao poder público e aos órgãos de saúde tratar de dados sob tal ótica em detrimento do consentimento e do poder autodeterminativo do responsável pelo titular dos dados.

Interpretação nº 2 – aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes - DADOS SENSÍVEIS Tal interpretação restringe o tratamento de dados, e também retorna ao fato do consentimento, além de abrir possibilidades para o tratamento em situações específicas, o que pode causar violações à privacidade, além de permitir, sem consentimento, o tratamento. Alguns dados pessoais de crianças e adolescentes já são considerados sensíveis, o que não traz segurança jurídica alguma quanto a tal fato, somente, e quando inserida a aplicação exclusiva dos dados de crianças no elenco do art. 11 conforme a interpretação 2, acarretará mais vulnerabilidades aos titulares, mesmo que haja restrições ao tratamento destes dados. A ANPD precisa se preocupar com a proteção e privacidade da dados, e não, acreditar que haverá inviabilidade ou restrição ao uso dos referidos dados pelos agentes de tratamento no caso de exigência de consentimento. O argumento de impedimento do uso do legítimo interesse seria um motivo relevante para a aplicação do art. 11, caso fosse SOMENTE tal hipótese, uma vez que o legítimo interesse é considerado pelos controladores, uma “carta coringa” nas mãos dos agentes de tratamento, totalmente subjetiva e aberta a vários tipos de interpretação, viabilizando qualquer uso dos dados. Todavia, a aplicação do art. 11 abre margem a outros tipos de tratamento de dados, apesar de excluir a base legal do legítimo interesse, o que vai ao

desencontro do melhor interesse do menor. Sendo assim, tal interpretação, pode ser descartada diante da necessidade de proteção do menor em todos os sentidos. Interpretação nº 3 – possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD Quanto à interpretação 3, meu posicionamento é pela não aplicabilidade, considerando que o Estado, bem como os entes privados não podem controlar a vida e as decisões dos titulares, principalmente dos menores. Aumentar as possibilidades do uso das informações de crianças e adolescentes a outras bases legais diversas do consentimento, empodera de forma absurda o controlador dos dados, mesmo que esta Autoridade não entenda assim, permitindo a tomada de decisão, mesmo sem a anuência do próprio titular ou seu responsável. Em um país com alto nível de reclamação e judicialização pelo consumidor, onde seus direitos e garantias deveriam ser respeitados, e não o são, certamente a maioria dos controladores não agirão com cautela, até mesmo pelo fato na falta de cultura em proteção da dados, onde a maioria das organizações (privadas e públicas) ainda, sequer, estão adequadas ou em processo de adequação, como já mencionado. Não se pode conferir autonomia demasiada aos controladores sob o entendimento de que o consentimento (em certos casos) pode ir ao encontro do melhor interesse de quem deve ser protegido pela própria pessoa que deu ou negou o consentimento. A exemplo, como dito inicialmente, já existem escolas que estão inserindo cláusulas de proteção de dados totalmente falhas e genéricas, em contratos de adesão, onde os pais são obrigados a consentirem no uso de dados, inclusive inserção de fotografias de menores em seus sites, o que é totalmente abusivo. Devendo a ANPD estabelecer restrições e normatizar o uso de dados em contratos de adesão envolvendo menores, inclusive. Deixar as escolas, como no caso exemplificado, escolher uma base legal que não seja o consentimento, ampliando o uso de outras hipóteses, colide com o melhor interesse do menor, viola o direito à intimidade, bem como desconsidera o princípio da autodeterminação informativa que a LGPD preceitua, dentre outras, descabendo a ampliação, bem como, o uso do legítimo interesse do controlador para o tratamento de dados de menores, sejam eles crianças ou adolescentes. De pensar que todo controlador poderá usar seu LEGÍTIMO INTERESSE no tratamento de dados de crianças e adolescentes, já é motivo suficiente para a não aceitação da interpretação da terceira hipótese, além do que vai ao encontro do melhor interesse, se o próprio titular não puder ser o destinatário da proteção. É dever da ANPD proteger também os direitos das crianças e adolescentes, como a própria LGPD trouxe à legislação brasileira, além, é claro, de regulamentar o que o legislador, deixou omissis, obscuro ou conflitante. Tereza Cristina Machado

Contribuinte: Tereza Cristina Borges Machado

Número: OP-248266

Data: 21/09/2022 - 21:32

Resumo: : "Resposta para a tomada de subsídios da ANPD Autora: Chiara Spadaccini de Teffé Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela UFRJ. É coordenadora de pesquisa e publicações da pós-graduação em Direito Digital do ITS Rio, em parceria com a UERJ. Professora de Direito

Civil e Direito Digital na Faculdade de Direito do IBMEC-Rio. Leciona como convidada em cursos de pós-graduação e de extensão do CEPED-UERJ, da PUC-Rio, da EBRADI e da EMERJ. Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OABRJ. Membro do Fórum Permanente de Liberdade de Expressão, Liberdades Fundamentais e Democracia da EMERJ. Foi professora de Direito Civil na UFRJ. Associada ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). E-mail: chiaradetteffe@gmail.com Nota: A presente contribuição representa um resumo do posicionamento acadêmico da autora em relação ao tema. Ele foi extraído das seguintes obras: a) TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Dados sensíveis de crianças e adolescentes: aplicação do melhor interesse e tutela integral. 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. Disponível gratuitamente em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/privacidade-e-protecao-de-dados-de-criancas-e-adolescentes/> b) TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. São Paulo: editora foco, 2022.

Tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes Conforme os mecanismos de comunicação e de interação online avançam, o ambiente digital vem se tornando cada vez mais relevante na vida das pessoas. Especialmente após o início da pandemia de COVID-19, diversas operações e atividades foram intensificadas ou migraram para o referido ambiente, como o ensino em escolas, universidades e cursos, serviços governamentais, parte do comércio e ferramentas de entretenimento e jogos. Não há dúvidas de que a Internet, em razão das potencialidades e recursos que oferece, apresenta novas oportunidades para a realização dos direitos de crianças e adolescentes. Além disso, o acesso permanente a tecnologias digitais pode ajudá-los a realizar uma série de direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais. Contudo, diante dos diversos sujeitos que nela interagem e das sofisticadas formas de tratamento de dados disponíveis, ela apresenta também riscos de violação ou abuso aos direitos dos menores.

A relação das crianças e dos adolescentes com a Internet é marcada pela conectividade, pela mobilidade no acesso à rede (sendo o smartphone um dos principais dispositivos para a sua conexão) e pelo intenso tratamento de dados pessoais. Mostra-se, assim, necessário analisar os diversos instrumentos de proteção a crianças e adolescentes e destacar a importância de um uso ético e responsável da rede e das informações pessoais. Neste sentido, promover uma educação digital de qualidade para pais, professores e menores resultará em um uso dos dispositivos tecnológicos mais consciente, capaz de oferecer mais benefícios aos sujeitos.

Adicionalmente, é importante manter canais para um diálogo aberto com os menores, de forma que eles se sintam seguros para tirar dúvidas e relatar situações de abuso que estejam sofrendo. O controle e a mediação parental devem ser aplicados em intensidades compatíveis com as idades da criança e do adolescente, respeitando seus graus de autonomia e discernimento, bem como seus processos de aquisição gradual de competências e entendimentos. Os riscos e oportunidades relacionados com o envolvimento dos menores no ambiente digital mudam a depender de sua idade e estágio de desenvolvimento. Sendo possível e seguro, entende-se adequado conferir espaços de liberdade e privacidade para o menor, para que desenvolva sua autonomia e comunicação, tendo os seus pontos de vista

devidamente considerados. O design de medidas apropriadas a cada idade deve ser informado pelas mais atualizadas pesquisas e práticas nos campos da educação e da tecnologia. Observa-se também que as referidas considerações devem ser equilibradas com a importância de os menores exercerem seus direitos em ambientes apoiados, assim como com a gama de experiências e circunstâncias individuais. Outros instrumentos igualmente relevantes, a depender da idade e da maturidade, são: a realização de atividades em conjunto com os pais, o estabelecimento de limitações quanto ao tempo de uso de tecnologias e o monitoramento de interações diversas realizadas na Internet. Um adequado controle parental atrelado a uma educação digital de cunho emancipatório, pautada em responsabilidade e diálogo aberto, mostram-se essenciais para a proteção de crianças e adolescentes.

O uso de dispositivos digitais não deve ser um substituto para as necessárias interações entre crianças e seus pais e crianças e seus colegas de escola. Além disso, verifica-se a importância de se prestar atenção aos efeitos da tecnologia nos primeiros anos de vida da criança, momento de grande relevância para o seu desenvolvimento cerebral e quando o ambiente social, em particular as relações com os pais e cuidadores, revela-se crucial para moldar seu desenvolvimento cognitivo, emocional e social. O ambiente digital deve apoiar e promover um engajamento seguro e equitativo dos menores, sendo relevante o desenvolvimento de políticas e ações que visem a uma efetiva inclusão digital. Caso isso não ocorra, as desigualdades existentes provavelmente aumentarão e outras poderão surgir, como no acesso à educação e à informação. O direito a não discriminação deve garantir que crianças e adolescentes tenham um acesso de qualidade ao ambiente digital. Neste sentido, mostram-se relevantes políticas públicas que facilitem o acesso a dispositivos conectados, uma internet aberta e serviços digitais. Além disso, com base no direito a não discriminação, deve-se proteger crianças e adolescentes de dados tendenciosos, falsos ou parciais, de tratamentos indevidos ou ilícitos de informações, além da criação de perfis voltados ao direcionamento de publicidade.

Todas as ações direcionadas a crianças e adolescentes devem necessariamente visar ao seu melhor interesse, como, por exemplo, no fornecimento, regulação, design, gestão e uso do ambiente digital. O reconhecimento e a tutela de sua hipervulnerabilidade podem ser inferidos do artigo 227 da Constituição Federal, o qual dispõe acerca do princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente. Caminha, assim, o Direito buscando harmonizar o respeito à capacidade e autodeterminação da pessoa e a necessária proteção jurídica que deve ser conferida a determinados grupos, para que gozem plenamente de seus direitos fundamentais. Longe de uma ótica paternalista, busca-se garantir efetividade e aplicação direta às normas constitucionais.

A construção da doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais “pessoas em desenvolvimento” devem receber total amparo e proteção do sistema jurídico, remonta à Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no ano de 1959. Posteriormente, em 1989, através da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, houve a ampliação dos direitos da criança no cenário internacional. A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1990 e influenciou diretamente a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 - ECA), que em seus artigos 3º e 4º destaca que todas as crianças (pessoa até doze anos de idade incompletos) e adolescentes

(aquela entre doze e dezoito anos de idade incompletos) gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, sendo assegurados a eles 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. Ato contínuo, o ECA dispõe que a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (Art. 15). O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais (Art. 17). A lei não menciona expressamente a proteção de dados pessoais dos menores, porém, diante da ampla tutela aplicada, é possível afirmar que o referido direito se encontra contemplado. Observa-se também que eles têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Art. 71). Isso é especialmente relevante quando consideramos os novos dispositivos conectados e os serviços disponibilizados na rede, como games, mídias sociais e aplicativos interativos.

A tutela diferenciada das crianças e adolescentes em qualquer relação na qual participem justifica-se exatamente por lhes faltar o completo discernimento, radicando nesse ponto a ratio protetiva. Contudo, deve-se ressaltar que não se trata apenas de uma proteção adequada ao estágio de desenvolvimento em que crianças e adolescentes se encontram, mas de uma proteção prospectiva, a fim de garantir a dignidade deles hoje e no futuro. Temos, nos últimos tempos, a geração mais observada de toda a história. Cada vez mais, o rastro digital de menores vem sendo iniciado mais cedo e de forma ampliada, seja por meio de aplicativos para serem usados pelas mães durante a gestação, seja por meio de postagens realizadas pelos próprios pais (recorda-se, aqui, a questão do oversharenting), em mídias sociais, ainda quando são nascituros ou já nascidos.

Tema que permeia os debates envolve a Internet dos brinquedos, com bonecas, bichinhos de pelúcia e robôs conectados e inteligentes. Ela se insere no amplo universo da Internet das Coisas, que representa a integração de objetos físicos e virtuais em redes conectadas à Internet, permitindo que “coisas” tratem uma enorme quantidade de dados em nuvem, sendo possível o gerenciamento de dispositivos, mesmo à distância, para aumentar a eficiência de sistemas e processos. Cada vez mais, percebe-se a incorporação da IOT na vida de adultos, adolescentes e crianças. Relógios, geladeiras, leitores de digitais, vibradores sexuais, detectores de movimento, câmeras, peças de vestuário e brinquedos já se encontram conectados à Internet e presentes nas casas e corpos das mais diversas pessoas, enquanto empresas coletam dados sobre movimentos, preferências e hábitos de seus usuários, que não têm, por vezes, nem mesmo plena capacidade civil.

Dentro da Internet of Toys, despontam questões acerca: a) da falta de transparência e informação sobre o tratamento de dados de menores; b) do compartilhamento expressivo de dados com terceiros; c) da ausência de adequação das instituições à LGPD e às boas práticas internacionais em proteção de dados; d) de tratamentos indevidos de informações pessoais de terceiros que se encontram na residência, como pais, visitantes e amigos, sendo o brinquedo, por vezes, considerado um

verdadeiro dispositivo de vigilância; e) da exposição excessiva da intimidade e de dados sensíveis do menor, a partir da coleta de informações, da interação realizada e das respostas oferecidas pela criança; e f) da qualidade do conteúdo que é direcionado a quem interage com os dispositivos, tendo em vista a possibilidade de inserção de publicidade implícita de bens durante as interações dos brinquedos com as crianças.

Adicionalmente, ainda na seara relativa à proteção de dados, há sérias preocupações acerca da segurança e da proteção da integridade dos menores. Questiona-se, por exemplo: como fica a responsabilidade dos agentes em casos de incidentes de segurança e de danos? Quais padrões éticos e boas práticas eles deveriam adotar? Como mapear e sanar riscos e vulnerabilidades? O hackeamento de dispositivos, a reidentificação de dados anonimizados, o rastreamento de indivíduos e o profiling mostram-se presentes em diversas estruturas de tratamento de dados de crianças e adolescentes. Por fim, destaca-se também o impacto que a relação com o brinquedo conectado pode gerar nas formas de comunicação, interação e expressão das crianças. Outro tema que vale recordar envolve o uso de mídias sociais por menores. Como regra, as principais mídias sociais estabelecem, nos termos de uso apresentados no Brasil, a idade mínima de 13 anos para a abertura de contas e a utilização de seus serviços. Essa determinação tem como base norma norte-americana que considera criança o indivíduo com menos de 13 anos de idade: o Children's Online Privacy Protection Act de 1998 (COPPA).

Para a Europa, a idade mínima estabelecida nas redes sociais costuma ser a de 16 anos, tendo em vista que alguns países ainda vêm se adequando ao GDPR. O artigo 8º da norma europeia dispõe, em síntese, que, quando for aplicável o artigo 6º, n. 1, “a”, que traz a base legal do consentimento, quanto à oferta direta de serviços da sociedade da informação para crianças, o tratamento dos dados pessoais delas será legal quando tiverem pelo menos 16 anos de idade. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só será lícito se o consentimento for dado ou autorizado pelos titulares da autoridade parental. Contudo, destaca-se que os Estados-Membros poderão estabelecer idade menor para os efeitos referidos, desde que não inferior a 13 anos. Tanto a LGPD quanto o GDPR determinam que o responsável pelo tratamento deverá promover todos os esforços razoáveis para verificar se o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais sobre a criança, tendo em conta a tecnologia disponível. O uso de linguagem clara e acessível para os menores nas plataformas também é sempre lembrado.

No momento pandêmico, o uso de redes sociais foi substancialmente alargado em razão de trends virais, desafios, filtros e práticas de unboxing, o que motivou, inclusive, que crianças buscassem tais plataformas, mesmo diante da vedação de sua presença nos termos de uso. Como evitar que crianças acessem serviços e conteúdos inadequados para a sua idade em mídias sociais? Quais mecanismos podem ser utilizados para se verificar a idade real do sujeito? Sugere-se, por exemplo, a implementação de medidas de verificação de idade: como fazer uma pergunta que uma criança não seria capaz de responder; solicitar que o menor forneça o e-mail de seus pais, para que eles manifestem o consentimento por escrito; solicitar o número de determinados documentos do menor e de seu responsável (como o CPF e o número de um cartão de crédito); e analisar o hábito de navegação do sujeito para verificar se é compatível com a idade que diz ter. Contudo,

será a idade de 13 anos já adequada para o uso desacompanhado de mídias sociais? Proibir ou controlar diretamente o uso seria a solução? As referidas questões desafiam pesquisadores e pais, devendo ser analisadas caso a caso, conforme as características, a autonomia e o discernimento do menor. As diversas e dinâmicas relações desenvolvidas na Internet, que envolvem tratamentos de dados e, por vezes, sua monetização e utilização para fins comerciais, nem sempre são adequadamente compreendidas por adolescentes. Além disso, durante a adolescência o sujeito não goza ainda de plena capacidade civil (a menos que seja emancipado aos 16 anos), o que traz questionamentos acerca da validade do consentimento manifestado em termos de uso, contratos e ferramentas online.

Isso nos faz refletir sobre o processo de tomada de decisões na Internet e a respeito das escolhas jurídicas para a proteção da criança e do adolescente, compreendidos em caráter concreto e dentro de sua multiplicidade. Não se pode cair no equívoco de um excessivo formalismo, sob pena de prejudicarmos desproporcionalmente novos modelos de negócio e relações relevantes para a dinâmica comunicacional do ser humano. A análise do discernimento e da maturidade do sujeito se mostra fundamental, pois, ainda que o critério etário seja importante, ele não deverá ser em todos os casos único e absoluto. Dados sensíveis de crianças e de adolescentes poderão alcançar diferentes níveis de sensibilidade e de risco ao serem tratados, a depender da informação em si que guardam e do contexto em concreto, impactando em graus de intensidade diversos a esfera íntima e pessoal de seu titular. Excelentes exemplos para se pensar em contextos altamente sensíveis são dados biométricos de crianças e dados de saúde de menores de idade com deficiência, os quais além de serem sensíveis dizem respeito a sujeitos hipervulneráveis e destinatários de tutela integral. Neste caso, o melhor interesse e o dever de cuidado impõem grau de zelo maior com tais dados pessoais.

Para ilustrar, recorda-se interessante caso ocorrido em 2019 em que a Autoridade de Proteção de Dados Sueca multou um município em aproximadamente 20.000 euros por usar tecnologia de reconhecimento facial para monitorar a frequência de alunos em escola. No norte da Suécia, uma escola conduziu um projeto piloto aplicando reconhecimento facial para monitorar a frequência dos alunos. O teste foi realizado em uma turma da escola por um período limitado. A Autoridade sueca concluiu que o teste violava disposições do GDPR e aplicou a referida multa. Entendeu que a escola havia tratado dados biométricos ilegalmente e que deveria ter realizado uma avaliação de impacto adequada, além de consulta prévia à Autoridade. A escola baseou o tratamento na base legal do consentimento, mas a Autoridade considerou que essa não era uma base válida, dado o claro desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento.

Em 2020, o Presidente do Gabinete Polaco de Proteção de Dados Pessoais aplicou uma multa de 20.000 PLN por violação que consistia no tratamento de dados biométricos de menores para a utilização de cantina escolar. A escola estava tratando categorias especiais de dados (dados biométricos) de 680 crianças, quando, na verdade, poderia usar outros recursos menos invasivos para identificar os alunos. Por essa violação, uma multa administrativa foi imposta à Escola Primária nº 2 em Gdansk. Além disso, foram ordenados o apagamento dos dados pessoais relativos às impressões digitais das crianças e a cessação de qualquer nova coleta de dados.

Foi apurado

que a escola utilizava um leitor biométrico na entrada da cantina escolar que identificava as crianças para verificar o pagamento da taxa de alimentação. Ela obtinha os dados e os tratava com base no consentimento por escrito dos pais ou responsáveis legais. A solução estava em vigor desde 1 de abril de 2015. No ano letivo 2019/2020, 680 alunos utilizaram o leitor biométrico, enquanto quatro alunos usaram sistema de identificação alternativo.

Ressaltou-se que o tratamento de dados biométricos não era essencial para se atingir o objetivo de identificar o direito de uma criança ao almoço. A escola poderia realizar a identificação por outros meios que não interferissem tanto na privacidade da criança. Inclusive, de forma alternativa, a própria escola possibilitava a utilização dos serviços da cantina por meio de cartão eletrônico ou através da indicação do nome e do número do contrato. Contudo, de acordo com o regulamento, os alunos que não possuíam identificação biométrica deveriam aguardar no final da fila até que todos os alunos com a referida identificação entrassem na cantina. Na opinião da Autoridade, tais regras introduziam um tratamento desigual aos alunos e sua diferenciação era injustificada, pois favorecia claramente os alunos com identificação biométrica. Além disso, a utilização de dados biométricos, tendo em conta a finalidade para a qual eram processados, era significativamente desproporcional.

O Presidente da Autoridade destacou que os menores necessitam de especial proteção para os seus dados pessoais. O sistema biométrico identifica características que não estão sujeitas a alterações, como no caso dos dados dactiloscópicos. Devido ao caráter único e permanente dos dados biométricos, eles devem ser usados com o devido cuidado. Os dados biométricos são únicos à luz dos direitos e liberdades fundamentais e, portanto, requerem proteção especial. Seu possível vazamento pode resultar em um alto risco para os direitos e liberdades das pessoas naturais.

Aplicar uma proteção ainda maior a dados sensíveis de crianças e adolescentes requer uma série de instrumentos jurídicos e técnicos, além do estabelecimento de boas práticas. Contar com o comprometimento de instituições públicas e privadas no tema também é de suma importância, havendo tanto a aplicação de severas sanções, por descumprimento das normas de proteção de dados, quanto a adequada orientação dos agentes por meio da publicação de guias e instruções. Nesse sentido, vale recordar os posicionamentos já estabelecidos pela Autoridade irlandesa de proteção de dados e pela Autoridade do Reino Unido (Information Commissioner's Office - ICO). Em junho de 2021, a Autoridade Francesa de Proteção de Dados (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL) publicou oito recomendações para a proteção de menores, quais sejam: a) supervisionar a capacidade dos menores de agir online; b) incentivar os menores a exercerem seus direitos; c) apoiar os pais na educação digital; d) obter o consentimento de um dos pais para menores de 15 anos; e) promover ferramentas de controle parental que respeitem a privacidade e o melhor interesse da criança; f) fortalecer a informação e os direitos dos menores por design; g) verificar a idade da criança e o consentimento dos pais com respeito à sua privacidade; e h) oferecer garantias específicas para proteger os interesses da criança.

Nesse caminho, recorda-se também do Código Holandês para os Direitos da Criança e do Adolescente (Dutch Code for Children's Rights), elaborado pela Universidade de Leiden e pela organização Waag, a partir de encomenda do Ministério Holandês de Assuntos Internos e Relações do Reino. O Código

ajuda desenvolvedores e designers a se concentrarem nos direitos das crianças e dos adolescentes ao desenvolverem serviços digitais. Ele é composto por dez princípios, apresentados com base em exemplos práticos de implementação, quais sejam: Princípio 1: Faça do melhor interesse da criança a principal consideração ao projetar; Princípio 2: Envolver as crianças e suas expectativas no processo de design; Princípio 3: Garanta o processamento legítimo de dados pessoais de crianças; Princípio 4: Forneça transparência de forma compreensível e acessível às crianças; Princípio 5: Realize uma avaliação do impacto na privacidade com base nos direitos das crianças; Princípio 6: Forneça um design de privacidade adequado para crianças. Não processe mais dados pessoais do que o estritamente necessário para atingir o objetivo específico do serviço. Inclua privacidade no design e torne as configurações padrão o mais amigável possível à privacidade; Princípio 7: Impeça a criação de perfis de crianças. A criação de perfis de usuários é uma forma de processamento de dados de alto risco; Princípio 8: Evite a exploração econômica de crianças em todos os momentos; Princípio 9: Sempre evite um design prejudicial para crianças. Um serviço digital pode ser prejudicial para crianças se o design abusar da vulnerabilidade delas ou não as proteger adequadamente contra possíveis conteúdos e comportamentos prejudiciais; e Princípio 10: Desenvolva diretrizes do setor voltadas para a proteção dos interesses e direitos das crianças.

Aplicações que envolvam o tratamento de dados de crianças e adolescentes necessitam ser desenvolvidas a partir de orientações que considerem, especialmente, princípios e valores éticos, a lógica do *privacy by design*, a feita de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e medidas técnicas e organizacionais de prestação de contas. Quando se advoga pela ampliação das bases legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, as referidas práticas mostram-se essenciais para a tutela do melhor interesse dos menores.

Como se depreende da leitura do artigo 14 da LGPD, o consentimento é uma das bases legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, mas não a única. Entende-se que podem ser aplicadas, além das normas do Art. 14, as disposições dos artigos 7º e 11 da LGPD, com algumas limitações, quando, respectivamente, se tratar dado pessoal de caráter geral e dado pessoal sensível de criança ou adolescente.

Nesse sentido, inclusive, afirma o enunciado n. 684, aprovado na IX Jornada de Direito Civil do CJF, em maio de 2022: “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.”

Diante da redação dos parágrafos 1º e 3º do Art. 14 da LGPD, ampliar as bases legais para o tratamento de dados de crianças pode parecer, para alguns, uma tese um pouco polêmica, tendo em vista que as referidas disposições, ao mencionarem estritamente crianças, poderiam sinalizar uma possível restrição das hipóteses legais de tratamento de dados para esses sujeitos. Por outro lado, tal situação não envolve diretamente a figura do adolescente, o qual apenas é mencionado no caput do art. 14 da LGPD. Ao que parece, portanto, a nossa discussão acerca das bases legais aplicáveis envolve apenas crianças.

Em toda e qualquer relação que envolva a circulação de dados de menores, o pilar central e inegociável será sempre o melhor interesse da criança e do adolescente. Mas nada impede que, levando em conta as práticas e

necessidades de agentes públicos e privados, bem como a experiência europeia positivada no GDPR, seja realizada uma expansão do rol de bases legais aplicáveis para o tratamento de informações pessoais (inclusive sensíveis) desses sujeitos.

Dessa forma, concorda-se com a seguinte proposta da ANPD “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei.” Todavia, vale estabelecer critérios mais rígidos quando da aplicação do legítimo interesse e afastar da relação a hipótese da tutela do crédito. Como já afirmado, esse posicionamento: “(...) pode ser facilmente verificado no tratamento de dados de crianças e adolescentes no âmbito de políticas públicas (Art. 7º, III, da LGPD), pela Administração Pública, visando-se a promover sua saúde e educação. Outros exemplos encontram-se no tratamento de dados para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (inciso II), no necessário tratamento de dados para a proteção da vida ou da incolumidade física (inciso VII) e para a tutela da saúde (inciso VIII), bases legais que, definitivamente, podem ser utilizadas para garantir o melhor interesse e proteção. (...) Ainda que o presente entendimento não seja pacífico e encontre várias polêmicas, defende-se que o art. 14 da LGPD traria, em si, especificidades quanto ao consentimento como base legal, mas não um rol extremamente restrito para o tratamento de dados de crianças. Dessa forma, como complemento às hipóteses de autorização legal para o tratamento de dados, afirma-se, no parágrafo 3º, do artigo 14, que poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o parágrafo 1º, do mencionado artigo, quando: a) a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, devendo os dados serem utilizados uma única vez e sem armazenamento; ou b) para a proteção da criança. Porém, em nenhum caso, esses dados poderão ser repassados a terceiros sem o consentimento de que trata o § 1º.” (Cf. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; FERNANDES, Elora. Contratação em redes sociais e proteção de dados de crianças e adolescentes. In: ROQUE, André Vasconcelos; OLIVA, Milena Donato. Direito na era digital: aspectos negociais, processuais e registrais. Salvador: Juspodivm, 2022.p.97-122.) Acerca da base legal do consentimento, disposta no par. 1º do Art. 14, mostra-se necessário tecer algumas considerações. Na lei, em relação às crianças, afirma-se que o tratamento dos dados pessoais desses sujeitos deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por, pelo menos, um dos pais ou pelo responsável legal, devendo esse consentimento ser também livre, informado e direcionado a tratamento de dados pessoais para finalidade determinada. Diante disso, o consentimento dado por sujeito fora do requisito legal ou pela própria criança não poderá ser admitido. Optou a lei por oferecer tutela destacada à criança, sujeito hipervulnerável e absolutamente incapaz, o qual deve ser representado sob pena de nulidade absoluta do ato praticado.

Como visto, o par. 1º não menciona o adolescente, criando, assim, dúvida se o consentimento manifestado por ele sem assistência ou representação deveria ser considerado válido, como hipótese de capacidade especial, ou se simplesmente o legislador teria optado por não tratar do tema, por já existir legislação geral sobre a matéria no Código Civil (artigos 3º, 4º e 1.634, VII). A priori, parece que o legislador pretendeu reconhecer validade ao consentimento manifestado diretamente pelo adolescente no que concerne, especificamente,

ao tratamento de seus dados pessoais (quando a base legal adotada para o caso for o consentimento). Como já afirmado, “Tomando-se como base a realidade da utilização da internet e das mídias sociais, que têm entre seus usuários milhares de adolescentes, é possível que se tenha optado por considerar jurídica hipótese fática dotada de ampla aceitação social.” (TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira De Direito Civil, v. 25, p. 83-116, 2020.p.109-110) Recorda-se, inclusive, que tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem em suas normas disposições que valorizam a vontade dos menores e oferecem hipóteses de capacidade especial a eles (Exemplos de flexibilização do regime das incapacidades no ECA: art. 16, II; art. 28, §§1º e 2º; art. 100, XII; art. 111, V; e art. 161, §3º. Além desses exemplos, pode-se citar o próprio Código Civil, em seu art. 1.740, III. Existem também atos e negócios que os relativamente incapazes podem praticar, mesmo sem assistência, como se casar, exigindo-se autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais; elaborar testamento; servir como testemunha de atos e negócios jurídicos; e ser eleitor.).

De forma a ampliar as garantias no tratamento de dados de crianças e adolescentes, doutrina e autoridades de proteção de dados vêm afirmando a necessidade de os agentes desenvolverem relatórios de impacto à proteção de dados quando esses sujeitos estiverem envolvidos diretamente nas atividades de tratamento de dados, especialmente se houver o tratamento de informações sensíveis. Nessa lógica, a Agência Espanhola de Proteção de Dados destaca que precisarão de avaliação de impacto: tratamentos de dados de sujeitos vulneráveis ou em risco de exclusão social, incluindo dados de menores de 14 anos, maiores com algum grau de deficiência, pessoas que acedem a serviços sociais e vítimas de violência de gênero, bem como seus descendentes e pessoas que estão sob sua guarda e custódia. Ela lista também diversos tratamentos que envolvem dados pessoais sensíveis. O Age appropriate design: a code of practice for online services, publicado pela ICO, dispõe acerca da avaliação de impacto à proteção de dados. Segundo o código, deve-se realizar um DPIA (Data Protection Impact Assessment) para avaliar e mitigar os riscos aos direitos e liberdades das crianças que provavelmente terão acesso aos serviços ali mencionados. Afirma-se também que o agente deverá levar em consideração as diferentes idades, capacidades e necessidades de desenvolvimento dos menores, além de se certificar de que seu DPIA seja elaborado em conformidade com o referido código. Orientações que devem, sem dúvida, ser aplicadas no cenário brasileiro.

O contexto tecnológico atual – dinâmico e hiperconectado – traz diversas oportunidades e recursos para as crianças e adolescentes, auxiliando inclusive na promoção de seus direitos. Contudo, os riscos enfrentados e as diversas situações de tratamento indevido de dados trazem consigo desafios para a tutela dos referidos sujeitos. Ameaças à integridade física, psíquica ou moral, a hiperexposição de dados pessoais e a discriminação, a modulação e a manipulação de comportamentos e a publicidade infantil são exemplos de impactos negativos e problemas concretos enfrentados pelos menores. Diante disso, a LGPD trouxe uma série de direitos, orientações e garantias para a proteção de crianças e adolescentes, nos meios físico e digital, as quais deverão ser conjugadas com a doutrina do melhor interesse e a proteção integral, havendo a ampla participação dos mais variados sujeitos que atuam em sociedade.

É, portanto, urgente uma manifestação da ANPD sobre o tema, envolvendo: a) quais bases legais podem ser aplicadas para tratar os dados pessoais de crianças e adolescentes; b) como deverá ser manifestado o consentimento do adolescente acerca do tratamento de seus dados pessoais, quando o consentimento for a base legal escolhida; c) a necessidade ou não da feitura do relatório de impacto à proteção de dados nos casos de tratamento de dados de menores; e) regras, princípios e boas práticas para o tratamento de dados de crianças e de adolescentes. Parabéns a instituição e seus valerosos membros pela iniciativa de tomar subsídios para o tema. A produção da ANPD vem apresentando elevada qualidade e excelência. Fico à disposição e agradeço a oportunidade de poder participar deste momento histórico de proteção de crianças e de adolescentes no Brasil.

Contribuinte: Chiara Antonia Spadaccini de Teffé

Número: OP-248667

Data: 22/09/2022 - 09:55

Resumo: "Pelo Art. 14 da LGPD, além do óbvio, que é realizar os tratamentos dos dados pessoais de crianças e adolescentes em seu melhor interesse (como se isso não fosse requerido para todos os tratamentos de dados pessoais), se pode constatar no caput que os termos do próprio artigo devem ser seguidos além da legislação pertinente. A partir dessa constatação, se pode assumir, antes de verificar os parágrafos do artigo em questão, que: 1.

A própria LGPD é legislação pertinente; 2. Qualquer outra legislação que obrigue o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para ser respeitada deve ser observada no caso específico; 3. Qualquer tratamento que habilite a execução de atividade exigida por lei deve ser observado no caso específico; 4. Criança é uma pessoa natural com menos de 12 anos, segundo a legislação. Adolescente, dos 12 aos 18 anos incompletos; 5. Não serão consideradas crianças e adolescentes as pessoas naturais emancipadas. Inicialmente, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve respeitar a LGPD. Isso vale em especial para seus princípios, e, basicamente, para os requisitos dos Artigos 7 e 11. Desta forma, o parágrafo primeiro do Art. 14 obriga o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Inicialmente é possível inferir que esse consentimento não seria o consentimento como hipótese de tratamento, mas sim um consentimento "adicional". Isso não parece fazer muito sentido, já que se há hipótese de tratamento válida, e esta não é o consentimento, não há que se exigir tal consentimento adicional. Resta então entender que esse consentimento do Art. 14 é realmente a exigência de que a hipótese de tratamento de dados de crianças seja sempre o consentimento, e que ele deve ser obtido junto a um responsável legal. Essa interpretação está nas notas de discussão durante os trabalhos de aprovação da LGPD. Agora, analisando essa interpretação, dos tratamentos de dados de crianças só poderem ser realizados mediante o consentimento do responsável, é possível verificar que algumas situações importantes e corriqueiras inviabilizam o uso de consentimento, já que o mesmo não seria livre. Por outro lado, o caput parece autorizar os tratamentos nos termos da legislação pertinente. Desta forma, a sugestão é que os

tratamentos de crianças possam ser realizados nas seguintes situações: 1. Caso a hipótese de tratamento seja o consentimento (Inciso I do Art. 7 e inciso I do Art. 11), este consentimento deve ser ofertado pelo responsável. Vale notar que o próprio inciso I do Art. 11 já traz a possibilidade do responsável legal ofertar o consentimento. 2. Para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, já que para considerar a legislação pertinente como está no caput, ou o consentimento não seria livre, ou a legislação pertinente não seria cumprida. Nesse caso, não haveria a necessidade de consentimento do responsável. 3. Para tratamento de dados necessários à execução de políticas públicas, conforme inciso III do Art. 7, já que este é um caso bastante importante e o consentimento para esse tratamento, seja do titular ou do responsável não faz nenhum sentido. Não posso inferir se o legislador decidiu que dados de crianças não podem ser usados para políticas públicas, mas me parece não fazer sentido esse impedimento. Uma ressalva deve ser feita com relação aos tratamentos que não são estritamente necessários. Esses, como acontece com qualquer titular, devem encontrar outra hipótese de tratamento viável, não podendo a utilização da hipótese de uso para políticas públicas se transformar em um “guarda-chuvas” para autorizar quaisquer tratamentos. 4. Quando necessário para execução de contrato, por exemplo, quando o aluno é matriculado em uma escola. As rotinas necessárias para que o aluno tenha acesso à educação devem ser realizadas e os tratamentos de dados pessoais necessários para tal devem ser autorizados sem a necessidade de consentimento. Como o responsável tem a obrigação de prover acesso a educação para a criança, nunca um consentimento para esses tratamentos seria livre. De fato, não há que se pensar em consentimento aqui. Uma ressalva deve ser feita com relação a tratamentos que não são necessários. Esses, como acontece com qualquer titular, devem encontrar outra hipótese de tratamento viável. 5. Para proteção da vida, óbvio. 6. E para tutela da saúde, também óbvio. Desta forma, vale notar que não há como se aplicar o Legítimo Interesse, estudos por órgão de pesquisa que não use dados anonimizados, procedimentos preliminares relacionados a contratos, pois a criança não pode ser parte, e nem a proteção do crédito, que não faz nenhum sentido. O mesmo vale para as hipóteses do inciso II do Art. 11, quais sejam, c) realização de estudo sem anonimização, e g) garantia da prevenção a fraude, que não se aplicam para crianças numa visão pragmática. Feita essa argumentação, fica claro que basta orientar sobre a não possibilidade de utilização destas hipóteses de tratamento e ajustar o texto do Art. 14 da seguinte forma: Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º (mudou) O tratamento de dados pessoais de crianças, quando a hipótese de tratamento for o consentimento, deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. [Explicação da mudança: Quando for exigido o consentimento como hipótese de tratamento, este deverá ser obtido dos pais ou do responsável legal. Apenas nesse caso.] ... § 3º (cancela) [Explicação do cancelamento: Coberto pela hipótese VII do Art. 7 e similar Art. 11 II e)] ... § 7º (NOVO) Cabe ao controlador o ônus da prova de que cumpriu com o princípio da transparência e com o exigido no § 6º, principalmente no que diz respeito às informações terem sido oferecidas aos pais ou ao responsável legal, quando aplicável. [Explicação do novo parágrafo: É necessário exigir que a transparência seja respeitada, e no caso de crianças, esta transparência sugere que

os pais ou o responsável seja informado sobre os tratamentos. Não é necessário modificar o § 6º, que já considera essa necessidade, mas parece necessário garantir que esse objetivo é alcançado. Óbvio, caso o tratamento seja para proteção da vida, por exemplo, ou em casos como o descrito no antigo § 3º, pode ser impossível avisar os pais ou responsáveis.] Não é suficiente a redação sugerida no item 81 do Estudo preliminar, como segue: “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei.” Nota-se que fica subentendido que a criança poderia consentir com o uso de dados pessoais, e a intenção de proteger a criança, clara no texto original, se perde. O maior problema do texto original foi não se atentar para situações onde outras hipóteses inviabilizam um consentimento livre, ou a prestação de serviços garantidos às crianças.

Contribuinte: Gustavo Tadeu Zaniboni

Número: OP-249099

Data: 23/09/2022 - 07:57

Resumo: : "Não podemos utilizar as bases legais do artigo 7º pois esvaziaria o intuito de proteção da lei sobre os dados dos menores. Então sugiro que a disposição da ANPD seja no seguinte: "Além do §1º do artigo 14, o tratamento de dados de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses do artigo 11 da LGPD, desde que observado o melhor interesse no caso concreto".

Contribuinte: simone lima

Número: OP-249122

Data: 23/09/2022 - 08:44

Resumo: :"

Contribuinte: Rogério Lemos Passos Martes

Número: OP-251328

Data: 28/09/2022 - 13:48

Resumo: : "TESTANDO A PARTICIPAÇÃO.

Contribuinte: MARCELLE DE SOUSA GONCALVES GOMES

Número: OP-251771

Data: 29/09/2022 - 07:56

Resumo: "Primeiramente, cumpre elogiar o trabalho apresentado para um tema tão relevante e ensejador de inúmeros equívocos, uma vez que o texto legislativo apresenta contradições e lacunas, merecedoras dos esclarecimentos da Autoridade. De pronto, registre-se que os argumentos apresentados no documento e conclusão, são adequados, suficientemente técnicos, cabendo como contribuições apenas singelos complementos. Como contribuição apresento os seguintes pontos: Interpretação do art. 14 com o texto completo da LGPD: Para a análise do tratamento de dados de crianças e adolescentes, devem ser considerados aspectos mais abrangentes da lei, interrelacionando o teor completo do art. 14 da LGPD com os demais artigos e seções da LGPD. Isso porque a esta lei jamais deve ser interpretada isolando os seus dispositivos, sob pena de inúmeros equívocos, o que pode ser observado na análise de diversos outros trechos da lei. Na interpretação, é importante sempre refletir sobre os princípios pertinentes à matéria, fazendo o diálogo das fontes, alcançando elementos capazes de fortalecer o melhor entendimento. É indispensável analisar a LGPD em seus aspectos gerais, pelo contexto interpretativo de todos os capítulos e seções, além da organização legislativa. A lei, ao tratar das hipóteses legais autorizativas do tratamento de dados, prevê, nos artigos 7º (para dados pessoais comuns) e 11 (para dados pessoais sensíveis) um rol de possibilidades, sem indicar excepcionalidades, quando trata do tema naquelas seções próprias (seção I e Seção II). Se a hipótese excepcional de aplicação exclusiva da base legal do consentimento fosse a intenção do legislador, ela deveria ter sido expressamente mencionada nas Seções I e II da LGPD. Da Aplicação Principiológica do Direito na Interpretação, incluindo o que dispõe o art. 227 da CF (uma vez que na orientação técnica foi mencionado que o art 227 não faz essa menção diretamente): Devem ser considerados os princípios orientadores do direito, como as regras da Constituição Federal para a interpretação do artigo 14. Isso porque os dispositivos constitucionais são valores presentes de forma explícita ou implícita na constituição e orientam a aplicação do direito com um todo, inclusive em Proteção de Dados para crianças e adolescentes, agora um dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CF. Assim, as garantias previstas para as crianças e os adolescentes, especialmente a do art. 227 da Constituição Federal, que inspirou outros dispositivos como o art. 71, do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem nortear sim, de maneira principiológica a interpretação da LGPD. Isso porque, pelo que dispõe o art 227 da CF, é dever de todos, da sociedade, da família e da sociedade assegurar o direito das crianças, inclusive o da dignidade e respeito. O entendimento de que o consentimento dos pais ou responsáveis é indispensável somente na hipótese legal cabível, é sim a aplicação principiológica de um princípio constitucional. Primeiro porque ensina no exercício da proteção e respeito à criança, direito que lhe é garantido através da participação expressa daqueles que tem o discernimento para protegê-las. Segundo porque essa interpretação reafirma a sua dignidade, ao garantir que não estão sendo discriminados, qual seja, não há análise discriminatória (o que haveria se seus dados somente pudessem ser tratados pela hipótese do consentimento). Há uma ação protetiva em relação à garantia de que seus representantes estão expressamente cientes e concordantes com as atividades de tratamento

realizadas. Por tal razão, a ênfase interpretativa do art. 14 é que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, deve ser realizado voltado a atender o seu melhor interesse, sem jamais prejudicá-los e essa é a melhor interpretação do dispositivo legal.

HERMENÊUTICA JURÍDICA FUNDAMENTADA NA TÉCNICA DO TEXTO

LEGISLATIVO: Outro argumento que também pode ser levantado é o referente às técnicas de organização dos textos legislativos. Os parágrafos dos dispositivos devem sempre ser um desdobramento do caput e não devem determinar uma nova regra específica de outra Seção da lei. Por tal razão, o §1º do art 14 serve apenas para realçar que, para o melhor interesse do menor (criança), a coleta do consentimento deve ser dada pelo representante legal dos menores, reforçando a cautela protetiva que deve ser estabelecida na relação com crianças.

AS ORIENTAÇÕES EUROPEIAS PARA O TRATAMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES QUE ENFATIZAM A GARANTIA DO CONSENTIMENTO DOS PAIS OU RESPONSÁVEIS ESTÁ RELACIONADA AO CONSENTIMENTO NO AMBIENTE VIRTUAL, COMO JOGOS E PLATAFORMAS INFANTIS: além da questão das questões anteriores, cabe destacar que a inspiração de nossa legislação é a relacionada à legislação europeia. Nesse aspecto, a grande necessidade do consentimento dos pais ou responsáveis é especialmente importante no ambiente virtual, onde há facilidades da coleta de consentimento automático, sendo prudente reforçar que esse público específico (crianças) está sujeito às vulnerabilidades inevitáveis e quando esse consentimento ocorrer, deve ser dado pelos representantes desses menores. Ademais, o que já foi argumentado no Estudo técnico, no Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (GDPR), há a possibilidade de aplicação de todas as bases legais na hipótese de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. São essas as considerações a sugerir a esse excelente Estudo Preliminar - Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. ANA PAULA CARDOSO PIMENTA

Contribuinte: ana paula cardoso pimenta

Número: OP-255919

Data: 01/10/2022 - 08:24

Resumo: :"

Contribuinte: Anne Joyce Angher

Número: OP-257680

Data: 04/10/2022 - 13:31

Resumo: : "Favorável à interpretação nº 3. Encaminho no email os anexos de minha autoria: ARTIGO: As exceções ao consentimento prévio dos pais para a coleta de dados de crianças e adolescentes previstas pela Lei Geral de Proteção de Dados DISSERTAÇÃO, EM FASE DE PUBLICAÇÃO COMO LIVRO: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o tratamento

de dados de crianças e adolescentes O problema apresentado na presente tomada de subsídios foi destacado na página 84 da minha dissertação encaminhada, nas seguintes palavras: "(i) não fica claro se a regra de substituição do titular (criança) por seus pais ou responsáveis é a única cabível para o tratamento dos dados ou se ela equivale ao consentimento do titular adulto (art. 7º, I e 11, I), o que, por consequência, não esclarece se aplica-se à criança ou não as hipóteses de tratamento de dados dos arts. 7º, II a X, e 11, II da LGPD; e (ii) também não está claro se o tratamento se restringe apenas à coleta e nenhum outro núcleo verbal da definição de tratamento dada pelo art. 5º, X". A interpretação nº 1 de que os dados de crianças e adolescente só podem ser tratados com o consentimento escapa da essência do próprio artigo 14, §3º que normatizou exceções ao consentimento prévio dos pais. A lacuna deixada por este artigo foi objeto do artigo publicado por mim no *Brazilian Journal of Development* e encaminhado por anexo ao email. A interpretação nº 2 de que os dados de crianças e adolescentes deveriam ser considerados como dados sensíveis, se desvia da necessidade de olhar sobre a finalidade de cada dado, em vez de rotular de antemão qual dado é sensível. O nome de uma criança na lista de chamada da escola, cumprindo a sua finalidade, não deveria ser considerado um dado sensível, enquanto que o seu nome em um prontuário de hospital, sim. A mesma lógica se aplica para os dados de adultos, pela Teoria do Mosaico e pelo princípio da finalidade do tratamento de dados. A interpretação nº 3 mais se aproxima da minha interpretação da essência do tratamento de dados de crianças e adolescentes, conforme abaixo: "Quanto ao segundo aspecto, sobre as exceções ao consentimento dos pais não apresentarem as finalidades de contato com os pais nem o sujeito ou objeto da proteção, conclui-se que acrescentar os objetivos ou propósitos enquadra-se na hipótese levantada pelo trabalho de prevenir discussões, sem necessariamente, engessar a norma. Esses acréscimos seriam baseados no estudo comparativo com a COPPA98. Na primeira hipótese, de contatar os pais ou responsável, inserir o propósito de obter o consentimento e o objetivo de atualizar os pais sobre a participação da criança em site que não coleta informações pessoais. Na segunda hipótese, de exceção ao consentimento para proteção, restringir que a proteção da criança se refere ao aspecto de sua segurança. Isso, se, também se considerar que as bases legais gerais para tratamento de dados postas nos artigos 7º e 11, de igual forma se aplicam ao grupo, já que nessas disposições consta a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros. Poderia se cogitar de incluir um parágrafo definindo que as disposições gerais que não conflitem com as específicas, também se aplicam às crianças e adolescentes". No trabalho foi realizado um comparativo entre a COPPA98, a GDPR e a LGPD sobre as hipóteses de exceção ao consentimento parental (pgs 91/95). Após, outras comparações foram realizadas. A questão também foi abordada na análise da Deliberação da Assembleia de Minas Gerais que normatizou exceção ao consentimento diversa da LGPD para que o ECA fosse fundamento da desnecessidade do consentimento, assim como requisição de autoridade policial ou judicial (pgs 101/102). Na sequência, analisou-se outro caso que diz respeito ao Guia elaborado pela Fundação Getúlio Vargas de que os artigos 7º e 11 da LGPD são os aplicáveis aos titulares maiores de 16 anos. Dessa forma, opino pela adoção da interpretação nº 3.

Contribuinte: Caroline de Souza Saldanha de Oliveira Palomares

Número: OP-257829

Data: 05/10/2022 - 07:02

Resumo: "A Lei 13.709/2018, no seu art. 14, § 3º, restringiu demasiadamente as situações em que é possível a coleta de dados dos menores e adolescentes sem o consentimento dos pais ou responsáveis. Como é sabido a coleta de dados desse grupo de pessoas se faz necessária quando, principalmente, do interesse da criança e do adolescente, a exemplo de plano de saúde, concessão de benefícios previdenciários, matrícula escolar, etc. A ANPD, no uso das suas atribuições, dever repensar esse rol taxativo previsto no art. 14, § 3º, dando ao texto da lei um formato mais amplo, que contemple o interesse da criança e do adolescente. Podemos citar uma hipótese em que os responsáveis não autorizam a coleta de dados para a concessão de pensão previdenciária, o interessado, que é a criança, ficará sem receber o benefício? Não haveria essa proteção à criança? Sugerimos que essa reflexão deva estar no contexto da revisão da norma, pois o artigo acima citado ao invés de proteger o interessado, ao nosso ver, poderá restringir direitos.

Contribuinte: MARCIO PINTO

Número: OP-257924

Data: 05/10/2022 - 12:50

Resumo: "Após análise minuciosa de todos os pontos abordados no presente estudo técnico, o Sistema FIEMG, por meio de seu Grupo de Trabalho criado especificamente para participar das iniciativas de participação popular na construção de normativos e entendimentos promovidos pela ANPD, corrobora integralmente a conclusão do referido Estudo Técnico e a respectiva proposta de enunciado que o acompanha. Não obstante, em relação aos argumentos contrários inseridos no quadro da página 21, entendemos que na verdade a utilização dessa interpretação não aumentaria o risco por si só, mas sim traria mais segurança jurídica, na medida em que permite a utilização de bases legais mais adequadas ao caso e que possam garantir a defesa do melhor interesse da criança, o que não ocorreria com a utilização apenas do consentimento qualificado do art. 14 §1º da LGPD.

Contribuinte: Marcos Roberto Oliveira de Souza

Número: OP-258057

Data: 06/10/2022 - 09:15

Resumo: "Reflexão sobre o Tratamento de Dados de Crianças e Adolescentes na LGPD Foi submetido à consulta pública o enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, com o objetivo de realizar uma tomada de subsídios pela Coordenação-Geral de Normatização da ANPD. Há poucos dias a autoridade

decidiu adiar, até 07 de novembro, o prazo para envio de contribuições pela necessidade de aprofundamento no tema e melhor participação dos diversos setores da sociedade. A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes no art.14 e no parágrafo 1º o condiciona à obtenção do consentimento dos responsáveis : Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Em razão desta condição, muitos se manifestaram afirmando que este “consentimento” seria a base legal do art.7º, I, de modo que o tratamento de dados de crianças só seria permitido sob sua aplicação. Naturalmente muitas dúvidas e discussões surgiram sobre o tema, eis que, o tratamento de dados da criança se insere em diversos contextos, nos quais o consentimento ou a possibilidade de revogá-lo causariam grande insegurança jurídica. Assim, passo a analisar o “consentimento” incluído na redação do art.14, parágrafo 1º e a fazer algumas considerações sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes, sugerindo, ao final, uma nova interpretação. Inicialmente dois pontos merecem atenção no dispositivo. O primeiro deles quanto ao fato de o caput do artigo mencionar criança e adolescente, mas o parágrafo 1º apenas crianças. No nosso ordenamento jurídico encontramos as definições de criança e de adolescente claramente descritas no art.2º da Lei 8.069/90, que preconiza : “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” É claro, portanto, que quando o legislador se refere a criança no parágrafo primeiro do art.14 da LGPD, optou por dar maior proteção aos menores de 13 anos de idade. Nesses casos, em razão da pouca idade do titular de dados (a criança), é natural que um responsável precise ter ciência e que autorize expressamente o tratamento de dados que será realizado. Já no caso de tratamento de dados de adolescentes, que tem maior discernimento, não haverá a necessidade de coleta do consentimento dos responsáveis. Note-se que mesmo que para os maiores de 12 anos a exigência do consentimento não se aplique, a lei também lhes confere uma proteção especial. Tanto para criança como para o caso do adolescente, o caput do art.14 dispõe que o tratamento de dados só pode ocorrer se observado seu melhor interesse e faz referência à legislação pertinente, dentre outras, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), já citado. Vê-se que, pelas características específicas dos titulares de dados com idade menor do que 18 anos, já há a obrigação do agente de tratamento (controlador ou operador), implementar uma forma de controle das atividades que tratem dados pessoais destas pessoas e garantir que na avaliação da adequação, necessidade e finalidade do tratamento, identifique se ele atende ao melhor interesse do menor. Medidas técnicas e organizacionais devem ser implementadas em um programa de adequação, de modo que um sinal de alerta seja acionado no mapeamento de atividades da organização, chamando atenção para os cuidados que devem ser adotados ao realizar tratamento de dados desse tipo de titulares. Voltando à discussão sobre o “consentimento” do responsável, que mencionei no início do texto, percebemos que a lei é clara e ele é condição para o tratamento de dados da criança, mas será que esse “consentimento” é realmente a base legal consentimento? Esta é a reflexão que se propõe. E se considerarmos esse consentimento não como o termo técnico

que se refere à base legal? E se esse consentimento na verdade for lido apenas como a manifestação do responsável de que tem ciência do tratamento e a ele não se opõe? A LGPD traz no art.5º, XII o conceito de consentimento, sendo este a manifestação livre, informada e inequívoca. O art.7º, I descreve a base legal para o tratamento de dados com base no “fornecimento de consentimento pelo titular”. O titular de dados no caso de tratamento em discussão será a criança, não seu responsável e embora ele represente os interesses dela, as duas pessoas não se confundem sob a óptica da titularidade do dado pessoal, tanto é assim que este tratamento se submete ao disposto no art.14. Dito isto, se considerarmos que o titular é a criança e que cabe ao responsável a autorização para que ocorra o tratamento, proponho que se leia o dispositivo no sentido de que, todas as bases legais podem ser aplicadas ao tratamento de dados de crianças, desde que o responsável seja consultado e se manifeste concordando com que ele ocorra. Assim, o consentimento do responsável não é a base legal para o tratamento de dados, mas apenas uma condição inicial para que o tratamento ocorra e caso preenchida, aí sim será definida a base legal aplicável. Por essa interpretação proposta, teríamos uma situação de tratamento de dados cuja proteção deve ser maior e portanto, exige mais de uma “camada” de segurança, eis que o titular de dados não tem discernimento para escolher sozinho. Note que essa interpretação tem lógica sob diversas análises. A primeira delas quanto à realidade fática da necessidade de aplicação de diversas bases legais nas relações que envolvem crianças. Um exemplo é a relação contratual com a escola. Não faz sentido ter como base legal aplicável ao contrato de prestação de serviços educacionais (o contrato com a escola), apenas o consentimento. Neste contrato há evidentemente o tratamento para cumprimento de obrigação legal ou regulatória, a execução de contrato e talvez o legítimo interesse. Se assim fosse, revogado o consentimento a escola deveria imediatamente parar o tratamento de dados pessoais do aluno e eliminá-los ou anonimizá-los, o que não pode acontecer, pois mesmo após o término da relação contratual, sabemos que subsistem obrigações a serem cumpridas pela escola que dependerão ainda do tratamento de dados pessoais. Outra análise interessante é quando considerado o disposto no parágrafo 3º do art.14. Segundo ele, os dados pessoais de crianças podem ser coletados sem o consentimento do responsável, quando for necessário para entrar em contato com eles, para sua proteção. Ora, se interpretarmos o “consentimento” do parágrafo 1º não como uma base legal e todas as implicações que dela decorrem, mas sim a “ciência e não oposição ao tratamento”, isso tem sentido pois evidentemente o responsável não poderia ter ciência do tratamento até que fosse contatado. Feitas essas considerações, o disposto no parágrafo primeiro do art.14, mais parece se tratar de uma espécie de “verificação em duas etapas”, como os sistemas de segurança que conhecemos. Em uma primeira etapa o responsável precisa tomar ciência do tratamento e na segunda sim, se aplica uma base legal que o fundamentará, ou seja, vencida a primeira etapa, o que se segue é um tratamento de dados em que todas as bases legais podem ser aplicadas. Por conseguinte, há que se propor uma outra reflexão. Se entendemos o “consentimento” como essa primeira camada de proteção e não como a base legal, uma vez superada, faria sentido se falar na sua revogação como fator impeditivo para o tratamento? Me parece que não. Uma vez dado o consentimento (como camada de proteção, não como base legal), o tratamento já autorizado seguirá o curso de qualquer tratamento de dados. Alguns podem achar que isto reduziria a proteção da criança,

mas ousou discordar, porque o tratamento, ainda que a revogação do consentimento do responsável não surta mais efeitos, deverá atender sempre ao melhor interesse da criança (art.14, caput), além de todos os princípios descritos no art.6º da LGPD. Por este raciocínio, haverá sempre a proteção da criança e também haverá maior segurança jurídica para todos os agentes envolvidos no tratamento de seus dados pessoais. Deixo assim minha contribuição para reflexão. Reflexão sobre o Tratamento de Dados de Crianças e Adolescentes na LGPD Foi submetido à consulta pública o enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, com o objetivo de realizar uma tomada de subsídios pela Coordenação-Geral de Normatização da ANPD. Há poucos dias a autoridade decidiu adiar, até 07 de novembro, o prazo para envio de contribuições pela necessidade de aprofundamento no tema e melhor participação dos diversos setores da sociedade. A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes no art.14 e no parágrafo 1º o condiciona à obtenção do consentimento dos responsáveis : Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Em razão desta condição, muitos se manifestaram afirmando que este “consentimento” seria a base legal do art.7º, I, de modo que o tratamento de dados de crianças só seria permitido sob sua aplicação. Naturalmente muitas dúvidas e discussões surgiram sobre o tema, eis que, o tratamento de dados da criança se insere em diversos contextos, nos quais o consentimento ou a possibilidade de revogá-lo causariam grande insegurança jurídica. Assim, passo a analisar o “consentimento” incluído na redação do art.14, parágrafo 1º e a fazer algumas considerações sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes, sugerindo, ao final, uma nova interpretação. Inicialmente dois pontos merecem atenção no dispositivo. O primeiro deles quanto ao fato de o caput do artigo mencionar criança e adolescente, mas o parágrafo 1º apenas crianças. No nosso ordenamento jurídico encontramos as definições de criança e de adolescente claramente descritas no art.2º da Lei 8.069/90, que preconiza : “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” É claro, portanto, que quando o legislador se refere a criança no parágrafo primeiro do art.14 da LGPD, optou por dar maior proteção aos menores de 13 anos de idade. Nesses casos, em razão da pouca idade do titular de dados (a criança), é natural que um responsável precise ter ciência e que autorize expressamente o tratamento de dados que será realizado. Já no caso de tratamento de dados de adolescentes, que tem maior discernimento, não haverá a necessidade de coleta do consentimento dos responsáveis. Note-se que mesmo que para os maiores de 12 anos a exigência do consentimento não se aplique, a lei também lhes confere uma proteção especial. Tanto para criança como para o caso do adolescente, o caput do art.14 dispõe que o tratamento de dados só pode ocorrer se observado seu melhor interesse e faz referência à legislação pertinente, dentre outras, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), já citado. Vê-se que, pelas características específicas dos titulares de dados com idade menor do que 18 anos, já há a obrigação do agente de tratamento (controlador ou operador), implementar uma forma de controle das atividades que tratem dados pessoais

destas pessoas e garantir que na avaliação da adequação, necessidade e finalidade do tratamento, identifique se ele atende ao melhor interesse do menor. Medidas técnicas e organizacionais devem ser implementadas em um programa de adequação, de modo que um sinal de alerta seja acionado no mapeamento de atividades da organização, chamando atenção para os cuidados que devem ser adotados ao realizar tratamento de dados desse tipo de titulares. Voltando à discussão sobre o “consentimento” do responsável, que mencionei no início do texto, percebemos que a lei é clara e ele é condição para o tratamento de dados da criança, mas será que esse “consentimento” é realmente a base legal consentimento? Esta é a reflexão que se propõe. E se considerarmos esse consentimento não como o termo técnico que se refere à base legal? E se esse consentimento na verdade for lido apenas como a manifestação do responsável de que tem ciência do tratamento e a ele não se opõe? A LGPD traz no art.5º, XII o conceito de consentimento, sendo este a manifestação livre, informada e inequívoca. O art.7º, I descreve a base legal para o tratamento de dados com base no “fornecimento de consentimento pelo titular”. O titular de dados no caso de tratamento em discussão será a criança, não seu responsável e embora ele represente os interesses dela, as duas pessoas não se confundem sob a óptica da titularidade do dado pessoal, tanto é assim que este tratamento se submete ao disposto no art.14. Dito isto, se considerarmos que o titular é a criança e que cabe ao responsável a autorização para que ocorra o tratamento, proponho que se leia o dispositivo no sentido de que, todas as bases legais podem ser aplicadas ao tratamento de dados de crianças, desde que o responsável seja consultado e se manifeste concordando com que ele ocorra. Assim, o consentimento do responsável não é a base legal para o tratamento de dados, mas apenas uma condição inicial para que o tratamento ocorra e caso preenchida, aí sim será definida a base legal aplicável. Por essa interpretação proposta, teríamos uma situação de tratamento de dados cuja proteção deve ser maior e portanto, exige mais de uma “camada” de segurança, eis que o titular de dados não tem discernimento para escolher sozinho. Note que essa interpretação tem lógica sob diversas análises. A primeira delas quanto à realidade fática da necessidade de aplicação de diversas bases legais nas relações que envolvem crianças. Um exemplo é a relação contratual com a escola. Não faz sentido ter como base legal aplicável ao contrato de prestação de serviços educacionais (o contrato com a escola), apenas o consentimento. Neste contrato há evidentemente o tratamento para cumprimento de obrigação legal ou regulatória, a execução de contrato e talvez o legítimo interesse. Se assim fosse, revogado o consentimento a escola deveria imediatamente parar o tratamento de dados pessoais do aluno e eliminá-los ou anonimizá-los, o que não pode acontecer, pois mesmo após o término da relação contratual, sabemos que subsistem obrigações a serem cumpridas pela escola que dependerão ainda do tratamento de dados pessoais. Outra análise interessante é quando considerado o disposto no parágrafo 3º do art.14. Segundo ele, os dados pessoais de crianças podem ser coletados sem o consentimento do responsável, quando for necessário para entrar em contato com eles, para sua proteção. Ora, se interpretarmos o “consentimento” do parágrafo 1º não como uma base legal e todas as implicações que dela decorrem, mas sim a “ciência e não oposição ao tratamento”, isso tem sentido pois evidentemente o responsável não poderia ter ciência do tratamento até que fosse contatado. Feitas essas considerações, o disposto no parágrafo primeiro do art.14, mais parece se tratar de uma espécie de “verificação em duas etapas”,

como os sistemas de segurança que conhecemos. Em uma primeira etapa o responsável precisa tomar ciência do tratamento e na segunda sim, se aplica uma base legal que o fundamentará, ou seja, vencida a primeira etapa, o que se segue é um tratamento de dados em que todas as bases legais podem ser aplicadas. Por conseguinte, há que se propor uma outra reflexão. Se entendemos o “consentimento” como essa primeira camada de proteção e não como a base legal, uma vez superada, faria sentido se falar na sua revogação como fator impeditivo para o tratamento? Me parece que não. Uma vez dado o consentimento (como camada de proteção, não como base legal), o tratamento já autorizado seguirá o curso de qualquer tratamento de dados. Alguns podem achar que isto reduziria a proteção da criança, mas ousou discordar, porque o tratamento, ainda que a revogação do consentimento do responsável não surta mais efeitos, deverá atender sempre ao melhor interesse da criança (art.14, caput), além de todos os princípios descritos no art.6º da LGPD. Por este raciocínio, haverá sempre a proteção da criança e também haverá maior segurança jurídica para todos os agentes envolvidos no tratamento de seus dados pessoais. Deixo assim minha contribuição para reflexão.

Contribuinte: walter barcellos duque

Número: OP-258279

Data: 07/10/2022 - 08:46

Resumo: : "A proteção como base legal autônoma para o tratamento de dados de crianças: uma proposta de interpretação do art. 14 da LGPD Contribuição do Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades da Universidade Federal de Minas Gerais (NDPV/UFMG) Autores: Fabio Queiroz Pereira Mariana Alves Lara Anna Luísa Braz Rodrigues Débora Quaiato Gomes Fernanda Marinho Antunes de Carvalho Katharina Cândido da Silva Santos Pedro Lucas Moura de Almeida Cruz Introdução A Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD é a entidade responsável por deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, nos termos do seu art. 55-J, inciso XX. Embasada nesta função, a referida autarquia publicou estudo preliminar para firmar interpretação sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, propondo, ao fim, uma hipótese interpretativa do artigo 14 da LGPD, que cuida da proteção dos dados pessoais da população infanto-juvenil. Com base neste estudo, o presente trabalho busca examinar o artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados visando uma interpretação adequada à tutela da população infantil. Isso porque subsistem controvérsias acerca da adequada leitura do referido dispositivo que restringe as hipóteses de tratamento desses dados pessoais à base legal do consentimento, específico e em destaque, dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, observando os ditames do princípio do melhor interesse. Como exceção, o §3º do sobredito artigo afirma que “poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o §1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º

deste artigo". As disposições, contudo, ainda que tenham tido por objetivo a proteção da criança, ao limitar significativamente as possibilidades de tratamento dos seus dados pessoais, podem, paradoxalmente, atentar contra o seu melhor interesse, desprotegendo-a, ao invés de tutelá-la. Sob essa perspectiva, diversos autores buscaram interpretações capazes de expandir as bases legais do tratamento dos dados pessoais da criança de modo que são sinalizadas três principais correntes. A primeira seria a interpretação literal do art. 14, mantendo o consentimento como única base de tratamento de dados de infantes; já a segunda defende a equiparação desses dados a dados pessoais sensíveis; por fim, a terceira corrente advoga pela aplicação de todas as bases legais previstas no art. 7º da LGPD ao tratamento de dados de crianças, desde que ponderadas no melhor interesse. Este artigo, por meio de uma investigação de vertente juri'dico-dogmática e de tipo compreensivo-propositivo, objetiva afastar tais posicionamentos e introduzir ao debate uma quarta possibilidade que, em diálogo direto com o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, reconhece o vetor da proteção como base legal e principiológica para tratamento de dados pessoais da criança. Destaca-se que a análise versa apenas acerca dos dados pessoais das crianças, porquanto a LGPD, em seu artigo 1º, deixou de mencionar os adolescentes que, portanto, poderiam consentir diretamente com o tratamento dos seus dados pessoais. Entende-se, neste artigo, que a análise do tratamento de dados de crianças deve ser apartada daquela dos adolescentes, já que essa segunda discussão demandaria maior atenção quanto à capacidade para o exercício de atos da vida civil, o que não se enquadra nas esferas da pesquisa aqui executada. Para a adequada compreensão da temática, este trabalho foi dividido em quatro partes. Inicialmente, tratou-se da descrição normativa do tratamento de dados de crianças na LGPD, para então afastar a possibilidade da equiparação dos seus dados pessoais aos dados sensíveis, bem como da hipótese de aplicação de todas as bases legais para o seu tratamento, desde que ponderado o melhor interesse. Por fim, utilizando-se do diálogo das fontes, propôs-se uma interpretação verdadeiramente protetiva para o artigo 14 da LGPD, com o reconhecimento da proteção como base legal e principiológica para o tratamento dos dados pessoais da criança.

1. Descrição normativa do tratamento de dados de crianças na LGPD A Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD buscou regulamentar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na Seção III, especificamente, em seu art. 14. Ao falar sobre o tema, é necessário frisar que a tutela se dá em relação à pessoa e ao direito de escolha quanto aos seus próprios dados. Quando se fala em crianças, em especial, esse cenário se torna complexo devido à condição de vulnerabilidade desses indivíduos (HENRIQUES, PITA, HARTUNG, 2021), que ainda estão se desenvolvendo. Nesse sentido, o art. 14 prevê em seu caput que o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes será realizado tendo em vista seu melhor interesse. Ao destacar esse conceito, a legislação sublinha que a validade dos atos está atrelada diretamente a práticas que promovam e protejam os direitos assegurados no ordenamento jurídico, em caráter nacional e internacional. Por lógica, e levando em conta o complemento do artigo que faz referência à aplicação da legislação pertinente, não há que se falar em proteção jurídica da população infantojuvenil sem que se leve em conta um sistema mais amplo que inclui garantias constitucionais e disposições presentes na Convenção sobre Direitos da Criança da ONU e no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Em

atenção ao texto legal, ainda, é possível concluir que, no caso de crianças, não mais incluídos os adolescentes nas considerações do legislador, o tratamento dos dados pessoais só poderá ser realizado com o consentimento dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, de maneira específica e em destaque. Conforme art. 2º do Estatuto da Criança e Adolescente, as pessoas com até 12 anos serão consideradas crianças. O consentimento parental, por sua vez, possui as exigências do art. 5º, XII, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que, na verdade, trata de maneira única sobre os requisitos dessa base legal. Em seguida, o §2º do art. 14 complementa o raciocínio legal quanto aos dados pessoais de crianças, ao prever que os controladores possuem a responsabilidade de manter públicas as informações sobre tipos de dados coletados, forma de utilização e procedimentos. Esse regramento considera e reforça os direitos do titular dos dados em relação ao controlador, previstos no art. 18. Por sua vez, o §3º do art. 14 gera controvérsias interpretativas de grande relevância. Primeiramente, é necessário compreender que o dispositivo trata das possibilidades, em termos de exceção, em que será possível coletar dados pessoais de crianças sem o consentimento de um dos pais ou do responsável legal. Conforme leitura atenta, é razoável considerar que existem duas hipóteses permissivas. A primeira delas considera que será possível coletar (sublinha-se, aqui, que a legislação utiliza exatamente tal termo) dados quando forem necessários para contatar os pais ou o responsável legal, devendo configurar uma utilização única e sem armazenamento do dado averiguado. Como segunda hipótese, a proteção aparece como base legal contraposta à exigência de consentimento do §1º. Em ambos os casos exige-se que os dados coletados não sejam repassados a terceiro sem o consentimento parental. Adiante, no §4º, a lei estabelece que, em jogos, aplicações de internet ou outras atividades, o controlador não deverá condicionar a participação dos usuários ao fornecimento de dados pessoais, além daqueles estritamente necessários ao funcionamento da atividade. A provisão busca impedir a coleta de dados excessiva, ao primar por uma política de proteção pautada pelo princípio da minimização dos dados. Objetiva-se, ainda de acordo com este raciocínio, evitar as chamadas políticas de tudo ou nada, que condicionam o uso da plataforma à aceitação de todos os seus termos de uso, “porque impõem condições do tipo ‘é pegar ou largar’ aos usuários, e estes as aceitam, quer gostem delas, quer não” (ZUBOFF, 2020, p. 64). Logo em seguida, o diploma estabelece um parâmetro aberto para a averiguação, por parte do controlador, do consentimento a que faz referência o §1º, impondo-lhe o dever de realizar todos os “esforços razoáveis” para tal verificação. A indeterminação do termo utilizado pelo legislador merece atenção, especialmente para que os esforços razoáveis não se transformem em esforços aquém do necessário e representem uma “carta branca” para a coleta e o tratamento de dados de crianças sem o consentimento devido, estabelecido pelo §1º. Por fim, o §6º dispõe sobre o acesso às informações a respeito do tratamento de dados aos pais e responsáveis e às crianças. Segundo o dispositivo, as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário devem ser levadas em consideração no momento de exposição da forma de tratamento de dados pessoais, com o uso de elementos audiovisuais quando possível. Somente a exposição adequada dessas informações proporciona os subsídios mínimo à tomada de decisão.

2. Afastamento do tratamento de dados de crianças como dados sensíveis Dentre as possibilidades interpretativas disponibilizadas pelo estudo preliminar

Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, da ANPD, verifica-se a interpretação de que os dados de crianças e adolescentes poderiam ser tratados exclusivamente nas hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD, enquadrando todos os dados pessoais de crianças como dados pessoais sensíveis. Objetiva-se, nesta seção, aprofundar o estudo dessa vertente para afastar sua aplicação. Para tanto, inicialmente, deve-se entender que a própria LGPD define, em seu art. 5º, inciso II, um rol de dados pessoais sensíveis: "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) 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". Bruno Bioni, ao cotejar a temática, esclarece que os dados sensíveis se constituem como uma espécie de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão do seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade: a discriminação (BIONI, 2021, p. 83). Assim, quando se analisa a escolha do legislador em determinar como sensíveis aqueles que exprimem a orientação sexual, religiosa, política, racial, estado de saúde ou filiação sindical, denota-se a preocupação com a possível distinção ou diferenciação de uma pessoa por conta de tais aspectos de sua personalidade (BIONI, 2021, p. 84). Dessa forma, pode-se afirmar que os dados sensíveis encontram fundamento nos princípios do livre desenvolvimento da personalidade e da não discriminação, vez que é papel do ordenamento jurídico garantir que uma pessoa possa viver conforme suas escolhas, em todas as fases da sua vida. É por essa razão que esses dados merecem especial proteção (TEFFÉ, 2021). No mesmo sentido, Danilo Doneda observa que estas informações, caso sejam conhecidas e submetidas a tratamento, podem se prestar a uma eventual utilização discriminatória ou lesiva, apresentando maiores riscos potenciais do que outros tipos de informações (DONEDA, 2021, p. 114). Sob essa ótica, alguns autores, considerando a maior vulnerabilidade de crianças e adolescentes, sugerem o tratamento de dados desses titulares somente nas hipóteses restritivas do art. 11. O raciocínio parte do fato de que o legislador optou por cuidar dos dados pessoais das crianças de maneira semelhante com que cuidou dos dados sensíveis, como se pode extrair da interpretação abaixo: "Vale observar, ademais, que a hipótese do art. 14, § 1.º, da LGPD, de consentimento parental, é semelhante à hipótese de consentimento de titular adulto prevista na regra para o tratamento de dados pessoais sensíveis do art. 11, I, da LGPD, no que diz respeito a suas características de ser específico e destacado – além, é claro, de livre, informado e inequívoco, como previsto no art. 5.º, XII, da LGPD. Há, com efeito, uma equivalência entre tais dispositivos legais. Daí verifica-se que, no tocante às características do consentimento, o legislador optou por cuidar dos dados pessoais de crianças e adolescentes com tamanha preocupação com que cuidou dos dados pessoais sensíveis, entendendo as particularidades atinentes à infância e adolescência e a sua patente vulnerabilidade presumida, assim como o fato de que eventual incidente com a segurança dos dados, em ambos os casos, poderia gerar consequências igualmente mais severas aos direitos e liberdades dos respectivos titulares do que em relação a dados pessoais não sensíveis de adultos" (HENRIQUES, PITA, HARTUNG, 2021, p. 397). Dessa maneira, os autores concluem que, face à similitude de condições, pode-se entender que as outras hipóteses que dispõem sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis, previstas nas alíneas do inciso II do

artigo 11 da LGPD são também válidas para o tratamento dos dados pessoais da criança. Apenas com relação ao consentimento, por constar de previsão específica no artigo 14, §1º, não haveria que se cogitar da aplicação do disposto no artigo 11, sendo, portanto, todas as demais bases aplicáveis, conquanto que haja observância ao melhor interesse (HENRIQUES, PITA, HARTUNG, 2021, p. 397). Nesse sentido, eles levantam a seguinte possibilidade: "Assim, a título de exemplo, se for do seu melhor interesse e de acordo com a sua absoluta prioridade, será possível que dados pessoais de crianças e adolescentes, sensíveis ou não, sejam tratados nas hipóteses de execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos por parte da administração pública, observando-se o disposto na alínea b do art. 11, II, da LGPD, e nos casos de exercício regular de direitos em contratos, processo judicial, administrativo ou de arbitragem, previstos na sua alínea d" (HENRIQUES, PITA, HARTUNG, 2021, p. 398). Ainda que não se pretenda desconsiderar a importância de uma leitura da LGPD atenta às peculiaridades da infância, a interpretação parece desconsiderar que a legislação expressamente elencou as hipóteses de dados sensíveis, não fazendo qualquer menção aos dados pessoais da criança. Nesta leitura, é nítido que não houve interesse, por parte do legislador, em enquadrar os dados de crianças nessa categoria. Pelo contrário, o que se observa na lógica de categorização de dados pessoais sensíveis por toda a estruturação da LGPD é o viés do estudo do próprio dado, compreendendo qual é a característica da informação ali tratada e como ela poderá afetar o titular, e não do próprio titular e de suas vulnerabilidades. Desse modo, entende-se que tratar dados pessoais de crianças como dados pessoais sensíveis representaria uma inversão da lógica prevista pela LGPD, fugindo ao escopo já definido com clareza nesta Lei. Além disso, cabe ressaltar que a equiparação exclusiva dos dados de crianças aos dados sensíveis poderia significar a perda de uma proteção extra também aos dados pessoais sensíveis desses titulares, uma vez que esses já não seriam mais tratados pela combinação das proteções do art. 14 com as bases legais do art. 11, mas apenas pelas disposições do art. 11. Desta forma, aquilo que poderia ser tratado com uma proteção dupla (qual seja, a do art. 14 e a do art. 11) justamente em razão dos maiores riscos na tratativa de dados sensíveis de crianças, nesta linha interpretativa, passaria a ter apenas a proteção do art. 11. Nesta perspectiva, Medon e Fernandes reforçam que os dados sensíveis dessas crianças devem contar com um rigor maior ainda do que aquele que se confere aos dados de adultos, em razão da severidade com que os efeitos discriminatórios poderiam atingir esse grupo (FERNANDES, MEDON, 2021). Assim, até mesmo as hipóteses elencadas no art. 11 devem ser feitas à luz do melhor interesse da criança, em uma dupla-proteção, restrita apenas a duas possibilidades de coleta e tratamento de dados sem o consentimento dos pais, quais sejam, para contatá-los e para a sua proteção. Diante disso, interpretar o tratamento de dados de crianças nos mesmos moldes dos dados sensíveis significaria uma leitura à contramão do disposto pelo legislador, que é claro e taxativo com relação a quais são os dados sensíveis. Ademais, tal posição parece caminhar rumo à desproteção, aumentando significativamente as hipóteses de tratamento dos dados pessoais da criança.

3. Afastamento da interpretação pela aplicação de todas as bases legais ao tratamento de dados de crianças ponderadas no melhor interesse Como uma das possíveis interpretações para o tratamento de dados pessoais das crianças, alguns estudiosos indicam a possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, desde

que observados os requisitos legais e o princípio do melhor interesse, consoante art. 14. Estar-se-ia diante de uma ampliação considerável das possibilidades do tratamento de dados pessoais da criança, o que parece caminhar na contramão dos ditames do referido princípio. No estudo preliminar realizado pela ANPD sobre o tema, esta interpretação é apontada como a mais assertiva, ao argumento de que, segundo tal estudo, não haveria de fato vedação à aplicação das demais bases legais indicadas nos art. 7º e 11 da LGPD pela leitura do art. 14. A hipótese seria, na visão da autoridade, de uma simples indicação de como aplicar tais bases no tratamento de dados de crianças, observando, destarte, o princípio do melhor interesse. Desta forma, a ANPD sugeriu o seguinte enunciado: "O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei". Sob essa leitura, o §1º do art. 14 estaria restrito a definir os contornos específicos do consentimento, quando esta for a hipótese legal para o tratamento dos dados pessoais, sem indicar que esta seria a única base legal possível de ser aplicada. Com efeito, na IX Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, estabeleceu-se enunciado que caminha nessa direção: "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." Ainda neste sentido, defendem Chiara Teffé e Mario Viola que o art. 14 apenas especifica a forma como deve ser obtido o consentimento ao tratar dados desta categoria, além de incluir a possibilidade de coleta sem consentimento nos termos do §1º do referido artigo, devendo, portanto, serem aplicadas as disposições dos artigos 7º e 11 da LGPD como regra no tratamento de dados de crianças (TEFFÉ; VIOLA, 2020, p. 6). Contudo, há que se perceber que essa visão não corresponde diretamente ao melhor interesse da criança ou, tampouco, preza pela otimização dos seus direitos fundamentais, como preconiza especificamente o legislador por intermédio do art. 14 da LGPD. Isso porque a aplicação do melhor interesse, a despeito de se pautar no caso concreto e ser de difícil definição, sempre importará a necessidade de afastar possíveis efeitos negativos às crianças. Como a temática do tratamento de dados no geral é muito recente, ainda é impossível determinar com segurança quais serão as consequências a longo prazo aos infantes que, hoje, têm seus dados processados com tanta intensidade e em um volume tão extenso. Como leciona Shoshana Zuboff: "Uma explicação para os muitos triunfos do capitalismo de vigilância paira sobre todas as outras: ele não tem precedentes. Aquilo que não tem precedentes é necessariamente irreconhecível. (...) É assim que a ausência de precedentes confunde, com segurança, a compreensão das circunstâncias; as lentes existentes ressaltam o familiar, obscurecendo assim o original, transformando o sem precedentes numa extensão do passado. Isso contribui para a normalização do anormal, o que torna a luta contra o sem precedentes uma batalha ainda mais custosa" (ZUBOFF, 2020). Contudo, a necessidade de proteção das crianças em relação ao tratamento de dados não se encerra apenas em medos futuros: hoje, com o conhecimento já adquirido sobre as consequências do tratamento excessivo de dados, é sabido que há danos reais e palpáveis a estes titulares. Como exemplo, é possível citar o risco de formação de perfis das crianças seguido do bombardeio de marketing direcionado, que os afeta de forma muito mais invasiva do que ocorre com adultos

por estarem, ainda, em fase de construção de sua identidade e desenvolvimento mental: "Esses titulares podem ser particularmente suscetíveis no ambiente online e mais facilmente influenciados pela publicidade comportamental. Por exemplo, em jogos online, a criação de perfis por vezes é utilizada para atingir jogadores que o algoritmo considera mais propensos a gastar dinheiro no jogo, fornecendo também anúncios personalizados. Vemos que, nesse caso, crianças e adolescentes poderão não apresentar um entendimento suficiente sobre a motivação por trás desse tipo de marketing ou as suas consequências". (FGV, 2020, p. 27) É neste sentido que se entende como necessária uma visão restritiva do tratamento de dados daqueles que são vulneráveis devido ao intelecto e ao físico ainda em desenvolvimento, já que, potencialmente, serão eles que sofrerão maior impacto deste tratamento tão invasivo. Partindo desta visão, a aplicação do melhor interesse poderia se traduzir numa tentativa de minimizar as possibilidades de tratamento de dados das crianças, evitando que sejam percebidas consequências muito danosas aos infantes, tanto em relação ao que já é conhecido quanto àquilo que somente será compreendido em sua totalidade no futuro. Como defende Marcos César Botelho: "Considerando a condição peculiar da criança, como pessoa em desenvolvimento, o tratamento normativo conferido à infância deve buscar a maximização do bem-estar da criança, evitando a sua exposição a situações que possam afetar o seu desenvolvimento saudável (CUCCI: 2009, p. 197) e a exposição e tratamento injustificado de seus dados pessoais" (BOTELHO, 2020, p. 224). Neste mesmo sentido caminha a redação atual do art. 14 da LGPD, posto que reduz a possibilidade de tratamento de dados deste grupo vulnerável, enquanto delimita apenas duas outras hipóteses de aplicação que não o consentimento, visando impedir riscos não calculados ou abusos. Qualquer interpretação diferente foge da literalidade do dispositivo legal. Lembra-se, ainda, que apesar de não haver hierarquia entre as bases legais nos termos da LGPD, o consentimento é a base mais complexa de se obter (MALDONADO, 2019, p. 20), o que garante certa proteção extra a este grupo. A visão apresentada, ao permitir o tratamento dados de crianças nas bases dos art. 7º e 11 vai em sentido completamente oposto a esta proteção, posto que se traduz em aumentar as possibilidades de bases legais para o tratamento de dados dos infantes, o que, paradoxalmente, impede a plena proteção e o melhor interesse deste grupo. Como defende Marcos César Botelho, "a LGPD deve ser interpretada a partir dos postulados presentes na Constituição Federal e no ECA, prestigiando uma hermenêutica que se baseie no reconhecimento dessas categorias de pessoas como vulneráveis. Significa que qualquer tratamento que não atenda ao melhor interesse e não observe as prescrições específicas do artigo 14 da LGPD e tampouco se processem dentro de parâmetros técnicos de segurança estará em desconformidade com a LGPD, trazendo todas as consequências ao controlador do seu descumprimento" (BOTELHO, 2020, p. 227). Assim, a corrente que defende a possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD como a correta na interpretação do art. 14 foge à proteção tão relevante e necessária às crianças, devendo ser afastada. Ainda que se entendesse como possível a interpretação nestes moldes, é necessário pontuar que há de ser feita vedação, em qualquer situação, à utilização da base legal prevista no inciso IX do art. 7º para o tratamento de dados de crianças, ou seja, do legítimo interesse do controlador ou de terceiro. Isso porque, dentro da hermenêutica protetiva aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, acolher esta base daria ao

controlador ampla liberdade para determinar formas diversas daquelas trazidas pela LGPD no processamento de dados deste grupo tão vulnerável. Como o legítimo interesse não é definido com clareza na lei, e sim percebido caso a caso, os riscos não identificados com a aplicação desta base legal aumentam ainda mais. Nessa situação, haveria dois conceitos - melhor interesse da criança e legítimo interesse do controlador - abertos, amplos, que podem levar a abusos com extrema facilidade, constituindo um cenário de insegurança, falta de transparência e lacunas na proteção necessária e fundamental aos direitos das crianças que têm seus dados tratados.

4. O vetor da proteção como base legal e principiológica para tratamento de dados Como já assinalado, a regra geral para o tratamento de dados de crianças é aquela encontrada no art. 14, §1º, da LGPD, que prevê ser necessário o consentimento específico e em destaque fornecido por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. As exceções a essa norma default são encontradas no mesmo dispositivo, em seu §3º, autorizando a coleta de dados para contatar os pais ou o responsável legal ou para a proteção da criança. Nesse contexto, quando o art. 14, §3º da LGPD afirma que “poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o §1º deste artigo quando a coleta for necessária (...) para sua proteção”, tem-se a positivação da proteção como uma base legal específica e excepcional para o tratamento dos dados pessoais das crianças. Específica porque se aplica ao tratamento de dados de sujeitos menores de 12 anos, não alcançando outras faixas etárias, e excepcional, porque vem excetuar a regra geral do consentimento prevista no §1º. Há autores que defendem que a escolha da expressão genérica de finalidade de proteção mereceria censura, por possibilitar interpretações amplas pelos controladores de dados (TEIXEIRA; RETTORE, 2020, p. 520). Argumentam que “andaria melhor uma conceituação mais específica, pois “proteção da criança” pode significar sua defesa, segurança, acolhimento, cuidado, amparo, ajuda, entre outros sentidos” (MULHOLLAND; PALMEIRA, 2021, p. 329). De fato, a ideia de proteção é ampla e depende de análise no caso concreto. Contudo, isto não inviabiliza a sua aplicação, da mesma forma que não se afasta a aplicação do princípio do melhor interesse, o qual também tem conteúdo aberto e carece de concretização à luz das situações práticas. Observa-se, contudo, que a aplicação do art. 14, §3º, da LGPD, em sua literalidade, poderia redundar em conflito normativo com outros instrumentos que objetivam garantir a proteção dos indivíduos em foco, notadamente com o ECA. O ambiente de antinomia, todavia, não deve encontrar solução por meio do uso dos tradicionais critérios usualmente apontados pela ciência jurídica, que levam ao afastamento da aplicação de um dispositivo, como as noções de que “lei posterior derroga lei anterior” e de que “lei especial derroga lei geral”. A complexidade do tema não permite que se aplique unicamente uma norma em detrimento de outras, sob pena de serem mitigados direitos fundamentais. De modo geral, são identificados dois problemas na redação (e, conseqüentemente, na aplicação) do art. 14, §3º, que demandam a busca a de posicionamento hermenêutico com recurso a outros campos normativos. O primeiro deles refere-se à menção expressa de coleta ao invés de tratamento. De acordo com o inciso X do art. 5º da LGPD, tratamento é um termo amplo que envolve uma série de operações para além da coleta dos dados. Ocorre que permitir a coleta dos dados sem a possibilidade de sua utilização, por exemplo, como parece pretender o dispositivo legal, pode impossibilitar a própria proteção da criança, frustrando o objetivo maior da lei. Da mesma forma, a proibição

contida no final do §3º, no sentido de que em nenhum caso, os dados poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento específico e em destaque de um dos pais ou do responsável, também pode acabar por impedir a efetiva proteção da criança. Ilustrativamente, um ente privado que identifique uma situação de risco aos direitos de uma criança, não poderia repassar esses dados a uma autoridade pública para que tomasse as devidas providências. Nesse sentido, entende-se que melhor teria sido a adoção do termo tratamento ao invés de coleta, e que a lei deveria ter facultado a possibilidade de transmissão dos dados nas hipóteses em que fosse necessária à proteção dos direitos das crianças. Quanto a estas objeções, entende-se que a ANPD possa solucionar-las por meio de enunciado interpretativo do artigo (art. 55-J da LGPD), uma vez que não restaria alterada a ratio legis do dispositivo. Todavia, revela-se necessário que o referido posicionamento hermenêutico seja construído e fundamentado em interlocução com outros instrumentos normativos, notadamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, nesse desiderato, deve ser buscada a aplicação da teoria do diálogo das fontes, formulada originalmente por Erik Jayme, que procura solucionar conflitos de leis por meio da construção de um diálogo de influências recíprocas entre instrumentos normativos heterogêneos, que seja polarizado na salvaguarda dos direitos humanos e na proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade (JAYME, 1995, p. 9). Ao se deparar com uma pretensa antinomia, não há que serem aplicados juízos de exclusão mútua entre normas. Contrariamente, de acordo com Claudia Lima Marques, a utilização da expressão diálogo das fontes “é uma tentativa de expressar a necessidade de aplicação coerente de leis de direito privado, coexistentes no sistema” (MARQUES, 2017, p. 145). Desse modo, a aplicação das normas pode se dar conjuntamente, importando na mútua influência de variados conteúdos normativos. Primeiramente, a LGPD não deve ser tomada como fonte única na solução de quaisquer situações que envolvam crianças e mesmo adolescentes. Nesses casos, demonstra-se imprescindível a adoção de um diálogo de complementaridade com a Convenção sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Estes instrumentos são os responsáveis pelo fornecimento das bases conceituais e principiológicas, que servem de guia na aplicação de outras normas. Assim, a título de exemplo, para adequada aplicação da LGPD é necessário recorrer à compreensão do princípio do melhor interesse ou do princípio da proteção integral, que encontram previsão nas normas que se voltam especificamente para a tutela das crianças e dos adolescentes. Além disso, diante de um conflito abstrato de normas, em razão de contradições e ambiguidades normativas, pode ser necessária a construção de um diálogo de adaptação, que eleja a aplicação do dispositivo que atue de forma mais incisiva em direção à proteção da parte mais vulnerável. Como apontam Antônio Herman Benjamin e Claudia Lima Marques, “a teoria do diálogo das fontes é uma solução flexível e aberta, de valorização dos direitos humanos de solução mais favorável à cooperação internacional ou aos mais vulneráveis da relação” (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 29). Verifica-se, pois, que a definição de uma fonte como aquela que deve pautar a solução de um caso deve se dar a partir de uma lógica de realização de valores maiores presentes dentro do ordenamento jurídico e, nessa lógica, prevalecem sempre os direitos fundamentais. Nesse contexto, a criança deve ser sempre tomada em sua vulnerabilidade, tendo em consideração a sua especial situação de ser em desenvolvimento. É importante que ao se aplicar dispositivos legais que tenham o potencial

de alcançar esse grupo, seja ponderado o vetor proteção, adotando-se o juízo que seja o mais favorável à sua concretização. Logo, não parece razoável a ampliação das bases de tratamento de dados de crianças a todas as hipóteses, previstas no art. 7º e no art. 11º, da LGPD, conforme enunciado proposto pela ANPD, sob pena de ser gerada efetivo desamparo. Visto isso, a proteção como base legal para o tratamento de dados pessoais de crianças merece um maior aprofundamento. Em um primeiro momento, a ideia de proteção remete à doutrina da proteção integral, inaugurada pela Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas de 1989. Esta doutrina fundamenta-se no reconhecimento da peculiar condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, titulares de proteção especial; no direito das crianças e adolescentes à convivência familiar e na obrigação assumida pelas Nações subscritoras de efetivarem os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade (AMIN, 2013, p. 54). O Estatuto da Criança e do Adolescente, para dar efetividade aos direitos constitucionais e infraconstitucionais da população infantojuvenil, concretizando a doutrina da proteção integral, trouxe um capítulo específico para as medidas de proteção. Desta forma, a previsão legal da LGPD dialoga diretamente com o ECA, que estabelece que medidas de proteção devem ser aplicadas sempre que os direitos das crianças e adolescentes estiverem sendo ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade, do Estado, dos pais ou responsáveis ou pela conduta das próprias crianças e adolescentes (art. 98). Essas situações são identificadas pela doutrina como situações de risco (ZAPATER, 2019, p. 163), que justificam a aplicação de medidas protetivas, definidas como: "Providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação. São, portanto, instrumentos colocados à disposição dos agentes responsáveis pela proteção das crianças e dos adolescentes, em especial, dos conselheiros tutelares e da autoridade judiciária a fim de garantir, no caso concreto, a efetividade dos direitos da população infantojuvenil". As medidas de proteção não correspondem a uma sanção ou punição. A proposta é, na verdade, "realizar uma intervenção que cesse a violação de direito ou suprima o risco a que a criança ou adolescente esteja exposto" (TAVARES, 2013, p. 643), ou seja, tem um viés preventivo e outro restaurador (ISHIDA, 2015, p. 230). Neste contexto, o tratamento de dados pode ser indicado como uma medida protetiva em si, ou como meio para aplicação de alguma outra medida protetiva (art. 101, ECA), que busque remediar eventual situação de risco na qual a criança se encontre. No primeiro caso, é possível pensar no tratamento dos dados para fins de modificação de uma informação equivocada ou até mesmo eliminação de informações referentes a uma criança que possam lhe ser prejudiciais, como dados que se espalham na internet sobre uma gravidez na infância e o desejo da menina em realizar o aborto. No segundo caso, ilustrativamente, se houver suspeita de que uma criança seja vítima de cyberbullying, um agente privado ou estatal estaria autorizado a se valer do tratamento dos dados para apurar os fatos, fornecer apoio à criança (art. 101, II, do ECA) e encaminhá-la a um serviço psicológico (art. 101, V, do ECA), por exemplo, afastando a situação de risco e efetivando os direitos previstos no ECA. Na verdade, pode-se afirmar que a sociedade, o Estado e a família não estariam apenas autorizados, mas teriam um dever constitucional de assim agir, pela previsão do art. 227 da Constituição da República. É preciso enfatizar que a aplicação de qualquer medida de proteção deve levar em conta os princípios elencados do

art. 100 do ECA, quais sejam: "Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida; VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente; X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa; XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei." Especificamente no tocante ao tratamento de dados pessoais, é imperioso que a intervenção seja precoce, efetivada tão logo a situação de risco seja conhecida (inciso VI), e mínima, limitando-se ao indispensável para a efetiva proteção da criança (inciso VII). Ainda, deve respeitar ao máximo a privacidade da criança (inciso V) e o seu melhor interesse (inciso IV), garantindo a ela e a seus pais ou responsáveis o acesso à informação acerca dos motivos que determinaram o tratamento dos dados e como foi o processo, respeitada a capacidade de compreensão da criança (inciso XI). Demonstra-

se, pois, que, na solução de eventual conflito normativo entre a literalidade da Lei Geral de Proteção de Dados e o Estatuto da Criança e do Adolescente, deve prevalecer o posicionamento que melhor traduza os vetores de proteção que são direcionados ao grupo em posição de vulnerabilidade. Desse modo, o §3º do art. 14 da LGPD deve ser tomado como concretizador de uma fonte autônoma de tratamento de dados, qual seja aquela pautada na imperiosidade de tratamento de dados de crianças, quando este se revelar necessário para a sua efetiva proteção. A compreensão do que se entende por situações que ensejam a proteção do ente vulnerável é dada pelo art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente e é a partir de seu texto que a hipótese deve ser compreendida. Por consequência, a regra geral para tratamento de dados de crianças ainda deve estar centrada no consentimento dos pais ou responsáveis, por ser a medida que alcança maior êxito na proteção do direito da parte vulnerável. Contudo, diante de quaisquer hipóteses previstas pelo ECA, que ensejem a necessidade de tratamento de dados, concretiza-se para o operador o comando para realizá-lo, sob pena de não materialização da proteção da criança e dos seus correlatos direitos fundamentais. Conclusão O trabalho tratou do disposto no §3º do art. 14 da Lei Geral de Proteção de Dados, visando a propor que a proteção seja uma base legal adequada ao tratamento de dados pessoais de crianças. Isso significa dizer que, para além do consentimento específico e em destaque fornecido por um dos pais ou pelo responsável legal, há um diálogo de fontes normativas que permite uma interpretação principiológica complementar pautada em medidas protetivas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. De antemão, no entanto, mostrou-se adequado sublinhar porque outras hipóteses de bases legais para o tratamento de dados não são apropriadas. Em primeiro plano, ao equiparar o tratamento de dados pessoais de crianças ao de dados sensíveis, a lógica legislativa é afrontada, já que esta firmou uma definição para a categoria de dados sensíveis que não inclui os dados pessoais de crianças. É normativamente inadequado, também, ignorar a incidência mais abrangente e protetiva do art. 14 aos dados pessoais sensíveis de crianças, quando incidirá conjuntamente com as hipóteses do art. 11 e sempre em observância ao melhor interesse da criança e os meios excepcionais categoricamente expressos no §3º, do art. 14, da LGPD (BRASIL, 2018). Ademais, considerar que o art. 14 é apenas um parâmetro de aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 é potencialmente danoso a esse grupo vulnerável. Os requisitos legais e o princípio do melhor interesse enfocados pelo dispositivo legal, em sentido último, visam a defender de eventuais perigos, riscos e danos aquelas crianças que se encontram em um contexto imprevisível de tratamento de dados no geral. Nesse sentido, uma postura restritiva mostra-se mais acertada quanto à otimização de direitos fundamentais. Em razão do exposto, conclui-se que o art. 14, §3, da LGPD aponta para a proteção como uma base legal específica, aplicada somente a crianças, e excepcional, constituída como exceção à regra geral de consentimento do §1º. A proteção, mesmo que terminologicamente ampla e pendente de análise no caso concreto, pode ser aplicável à medida em que resgata aspectos fundantes da doutrina da proteção integral, prevista na Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU e também no capítulo sobre medidas de proteção do Estatuto da Criança e do Adolescente. Destaca-se que não são ignorados os problemas de redação presentes no texto legal ao especificar o termo coleta e reprimir o repasse a terceiros sem consentimento de um dos pais ou do responsável legal. Entende-se

que a elaboração de enunciado interpretativo pela ANPD, com vista a sanar esses equívocos, não feriria a ratio legis do art. 14, §3º, da LGPD. Toda essa estruturação, ainda, considera que é legítimo a ANPD ter posicionamentos construídos em diálogo com outras fontes normativas. É, nessa perspectiva, que a teoria do diálogo das fontes indica que os conflitos interpretativos verificados no art. 14 da LGPD sejam solucionados pela aplicação conjunta de normas, de modo a perceber mútua influência de conteúdos normativos entre elas. As situações que envolvem o tratamento de dados pessoais, quando ligadas a crianças e adolescentes, coerente e inevitavelmente, dialogam com as bases conceituais e principiológicas da Convenção sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não é possível, assim, desvincular as disposições da LGPD daquilo que o ECA preconiza. Se o tratamento de dados pessoais, em viés preventivo ou restaurativo, então, representar a interrupção de violação a direito ou a supressão a risco direcionados a criança, encontra-se uma hipótese legal de medida de proteção e uma aplicação legítima do art. 14, §3º, da LGPD. Isso, evidentemente, leva em conta os princípios do art. 100 do ECA. Dessa forma, o enunciado a ser proposto é apresentado como: "O tratamento de dados pessoais de crianças segue a regra geral do consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, conforme art. 14, §1º, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sempre observando o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei. Excepcionalmente, o tratamento de dados pessoais de crianças pode ser realizado sem o referido consentimento para contatar os pais ou responsáveis legais ou para efetivar a proteção da criança, em diálogo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), quando existente situação de risco aos seus direitos, podendo, inclusive, serem repassados a terceiros nesses casos".

Referências bibliográficas

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANPD. Estudo Preliminar: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Setembro/2022.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 115, Jan - Fev, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - UNIFAFIB, v. 8, n. 2, 2020.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FERNANDES, Elora; MEDON, Felipe. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v.4, n.2, maio/ago de 2021.

FGV. Guia de Proteção de Dados Pessoais – Crianças e Adolescentes. Versão 1.0 - Outubro/2020.

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 JR; Otávio Luiz (Coord.) Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e

jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In.: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 251, Haia, 1995. MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: manual de implementação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In.: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. TAVARES, Patrícia Silveira. As medidas de proteção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos teóricos e práticos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. TEFFÉ, Chiara Sapadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *Civilistica.com*, v. 9, n.1, p. 1-38, maio/2020. TEFFÉ, Chiara Sapadaccini de. Dados sensíveis de crianças e adolescentes: Aplicação do melhor interesse e tutela integral. 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. ZAPATER, Maíra. Direito da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2019. ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Contribuinte: Fabio Queiroz Pereira

Número: OP-258480

Data: 07/10/2022 - 20:24

Contribuinte: Esther Cordeiro Costa

Número: OP-260371

Data: 17/10/2022 - 08:16

Resumo: "Os principais pontos de insegurança jurídica acerca das disposições do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes dispostos no artigo 14 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 são: a) Quanto ao § 1º do artigo 14 que dispõe que “o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”, ponderamos o seguinte: É imprescindível que seja positivado os parâmetros a serem utilizados para as definições de crianças e adolescentes. Seriam eles aqueles dispostos no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA que considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade? Se utilizados os conceitos do ECA somente seria necessário o consentimento específico para tratamento de dados de titulares até 12 anos, o que deve ser expresso pela ANPD. Por outro lado, também é necessário definir as condições que devem ser adotadas para o grupo de 12 a

14 anos, de forma menos engessada do que para o grupo de até 12 anos, podendo, inclusive, ser utilizados os mesmos preceitos do grupo de 16 a 18 anos. b) Adolescente entre 16 e 18 anos; A grande dúvida paira sobre os adolescentes entre 16 e 18 anos que, diferente das pessoas que estão abaixo desta faixa, são relativamente incapazes. Ou seja, podem exercer alguns atos da vida civil de forma autônoma. Por este motivo se faz necessário regular o tratamento de dados de maneira diversa, observadas as incapacidades absoluta e relativa, conforme o caso. Sugere-se que os adolescentes entre 16 e 18 anos sejam equiparados aos adultos para fins de tratamento de dados de forma geral, tendo em vista que, presume-se que as ações vedadas pela lei irão exigir autorização expressa dos pais ou responsáveis, de modo que, ao autorizarem, estes estarão cientes dos tratamentos de dados do menor relativamente capaz. Ou seja, para as ações que não necessitem da autorização dos pais ou responsáveis para serem realizadas, o tratamento dos dados pessoais do adolescente poderiam ser tratados como se adultos fossem, tendo em vista que estão realizando ato da vida civil em consonância com a legislação, sem assistência de maior. Assim, quando não há necessidade de autorização do responsável, como por exemplo nas relações comerciais, considerando que o referido ato da vida civil poderia ser exercido de forma autônoma pelo menor, não haveria necessidade de enquadrá-lo em categoria diferenciada para fins de tratamento de dados. c)

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo. O §3º traz uma insegurança para diversas situações quando veda a transmissão dos dados de crianças a terceiros sem o consentimento dos pais ou responsáveis legais, tendo em vista que, por diversas vezes certamente isso seria necessário. Exemplifica-se quando uma pessoa localiza uma criança perdida na praia e compartilha o nome da mesma no microfone, na frente de todos, para localizar os pais, ou mesmo repassa aos salva-vidas, policiais, dentre outros. Neste caso, o enquadramento legal de preservação da vida ou incolumidade física seria suficiente? Entendo que acrescer à redação final do dispositivo a expressão “salvo quando necessário para preservação da vida, saúde ou incolumidade física da criança ou outros atos indispensáveis à segurança” seria imprescindível.

Contribuinte: ODALÉA SOMBRA HOLUBE

Número: OP-260770

Data: 18/10/2022 - 10:45

Resumo: :"

Contribuinte: Nathalia Rodrigues Bittencourt Martins Oliveira de Menezes

Número: OP-260953

Data: 19/10/2022 - 07:49

Resumo: : "Tema: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes Das Possibilidades de Interpretação: Incluir: Interpretação nº 4 - possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 14 da LGPD A LGPD traz 10 hipóteses legais, portanto, sem nenhuma prevalência de uma sobre as demais. Não seria assim possível pressupor que no caso de crianças e adolescentes fosse diferente e que elas estivessem submetidas a outras hipóteses legais ou apenas fossem amparadas pelo art. 14. O artigo 14, caput, sabiamente, especifica que o tratamento de crianças e adolescentes deve ser feito em seu melhor interesse, nos termos do artigo e da legislação pertinente. Portanto, o artigo 14 vem definir contornos desse melhor interesse (§ 1º a § 6º) e não descarta as legislações pertinentes como o Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras legislações cabíveis para garantir o melhor interesse de crianças e adolescentes. Entretanto, na hipótese em que há o consentimento não seria possível que o consentimento específico e destacado fosse se dar a partir de uma criança. Para corrigir esta questão a LGPD trouxe no artigo 14, que o consentimento específico e em destaque seria dado por pelo menos um dos pais ou pelo representante legal. A Lei parece admitir a possibilidade de o adolescente prescindir do consentimento dos pais ou do responsável legal, num entendimento do que dispõe os §§ 1º e 3º, ou seja, aqueles que falam de consentimento se referem apenas às crianças. Ainda o artigo 14, em seu § 3º, admite a possibilidade de coletar dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º do mesmo artigo, quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal. Observe-se que aqui não se admite o tratamento de dados pessoais de crianças sem consentimento, mas apenas uma das atividades de tratamento que é a coleta para fins específicos de entrar em contato com o pai ou responsável legal. Um exemplo prático desta situação: Encontro uma criança perdida num parque e pergunto a ela o nome dela, o nome do pai ou da mãe e se ela sabe o telefone, exatamente para tentar coletar dados apenas para fins de contato com os pais ou responsáveis legais. Isso não me permitiria passar essas informações para terceiros sem o consentimento dos pais ou responsável legal, muito menos armazenar tais dados. Além disso, os parágrafos §§ 2º, 4º, 5º e 6º impõem outros deveres aos controladores, quando forem tratar dados de crianças, como publicização das informações coletadas, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício (pelos pais ou responsável legal) dos direitos dos titulares (as crianças); o não condicionamento da prestação do serviço às informações pessoais das crianças, quando isso não for estritamente necessário à atividade; verificação se o consentimento foi feito realmente pelo pai ou responsável legal da criança; e fornecimento de informações claras e acessíveis, com uso de recursos de forma a proporcionar informação necessária aos pais ou responsável legal e adequado entendimento da criança. Observe-se que essas obrigações aos controladores são adicionais a todas as demais, ao tratar dados pessoais de crianças e adolescentes, ou seja, terão que preocupar com a autenticidade da pessoa que dá o consentimento, preocupar com a linguagem do termo de uso e da política de privacidade, exatamente por ser um público específico. Quando se tratar de dados sensíveis, relativos às crianças e adolescentes permanecem válidas as mesmas hipóteses do art. 11 que permitem o tratamento de dados sensíveis, isto é, entendendo que o consentimento mais uma vez terá que ser dos pais ou do representante legal e não do titular do dado propriamente dito, assim como permanecem válidas as hipóteses de tratamento sem o consentimento do pai ou do representante legal nas

hipóteses discriminadas em art. 11, II, “a a g”. Um exemplo prático dessa situação: O conselho tutelar recebe uma denúncia de maus tratos a criança por um vizinho e vai à casa dos pais ou responsável legal. Seria desarrazoado esperar o consentimento dos pais ou responsáveis, numa situação em que ele é o denunciado. Estaria aí uma situação em que prevalece o melhor interesse da criança, em que a aplicação da hipótese legal do consentimento (art. 14, § 1º) seria prejudicial aos interesses da criança, contrariando o caput do referido artigo. Faça analogia ao tratamento de dados pelo Setor Público. A hipótese legal não se limita ao inciso III, como foi comum no início se referirem à hipótese típica do setor público pois nem todo o setor público elabora ou executa políticas públicas. Então, o Poder Público está sujeito às mesmas hipóteses legais previstas no art. 7º, isto é, não se limita ao inciso III e a depender do caso poderá definir qualquer uma das demais, até mesmo o consentimento para situações residuais e, adicionalmente, está sujeito também às obrigações impostas pelos artigos de 23 a 32 da LGPD que são específicas e não atingem outros entes da sociedade. Como o Poder Público trata um volume de dados extraordinariamente alto, além de o titular ter uma relação hipossuficiente, seria de se esperar que o legislador impusesse distintas obrigações, como as que estão nos artigos de 23 a 32, não se configurando em novas hipóteses legais ou restringindo o tratamento de dados pelo poder público apenas a estas obrigações.

Contribuinte: MARIA LÚCIA VALADARES E SILVA

Número: OP-261222

Data: 20/10/2022 - 11:45

Resumo: :"

Contribuinte: Daiane Conde Da Costa

Número: OP-261309

Data: 20/10/2022 - 15:05

Resumo: : "A Oi S/A EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL manifesta sua concordância com o estudo preliminar publicado pela ANPD. Entendemos que limitar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes a base legal do consentimento gera efeitos negativos, não só da perspectiva do titular, mas também para os agentes de tratamento. Em determinados contextos, operações com dados pessoais de crianças ou adolescente são absolutamente necessárias para o dia a dia da empresa, como, por exemplo, a coleta de dados de dependentes dos colaboradores para cumprimento de obrigações legais ou ainda para fornecimento de benefícios previstos em contrato, como plano de saúde. Assim, condicionar o tratamento de dados pessoais ao consentimento pode dificultar excessivamente ou até mesmo inviabilizar o cumprimento de obrigações legais e contratuais por parte dos agentes de tratamento, que terão de proceder com a coleta e gestão das autorizações para execução de atividades indispensáveis. Da mesma forma, a interpretação que busca equiparar os dados de

crianças/adolescentes a dados sensíveis não merece prosperar. Embora busque flexibilizar uma interpretação meramente literal, essa corrente pode impedir a realização de tratamentos rotineiros (mesmo que benéficos aos titulares), além de ser incompatível com a própria conceituação de dado pessoal sensível, como bem exemplificado/detalhado no parecer técnico. Ainda, não podemos nos esquecer que crianças e adolescentes são detentoras tanto de dados pessoais como de dados pessoais sensíveis, razão pela qual essa interpretação poderia reduzir a um único grau a tutela de dados que possuem naturezas distintas e que, por isso, exigem proteção em níveis e formas diferentes. À vista do exposto, entende-se que a interpretação que melhor se amolda aos objetivos do legislador é a que estabelece a possibilidade de aplicação das bases legais previstas tanto no art. 7º como art. 11 da LGPD, sempre tendo como parâmetro o atendimento do melhor interesse da criança/adolescente. Essa corrente, além de viabilizar a execução de operações rotineiras, garante também a proteção ao titular, na medida em que, para qualquer base legal (mesmo aquelas mais abrangentes como execução de contrato ou legítimo interesse), o agente de tratamento deve garantir/observar que a atividade atenda ao melhor interesse das crianças/adolescentes. Conclui-se, portanto, que a terceira interpretação compatibiliza a necessidade dos agentes de tratamento com as salvaguardas que essa categoria de titular exige.

Contribuinte: Bruna Fróes de Oliveira

Número: OP-261617

Data: 21/10/2022 - 08:41

Resumo: "Entidade contribuinte: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES CNPJ da entidade contribuinte: 62.877.246/0001-01 Posicionamento: a ABA concorda com o enunciado proposto pela ANPD e sugere a sua complementação para que conste expressamente a previsão de que o consentimento previsto no artigo 14, §1º da LGPD poderá ser utilizado para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças desde que essa seja (i) a hipótese legal mais apropriada ao caso concreto atribuída pelo Agente de Tratamento; e (ii) de acordo com o melhor interesse. Objetivo da contribuição: apresentar (i) uma sugestão de complementação à redação do enunciado; e (ii) teses que reforçam a interpretação adotada pela ANPD quanto às bases legais aplicáveis ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. Sumário executivo: as seguintes premissas e conclusões foram consideradas para elaboração da presente contribuição: a. a evolução histórica das legislações de proteção de Dados Pessoais culminou na quarta geração, da qual faz parte a LGPD, a qual reconhece as dificuldades de garantir a proteção da pessoa somente em decisões individuais, mas sim por meio de outros mecanismos interligados (como princípios, multiplicidade de hipóteses de Tratamento além do consentimento, garantia de direitos e criação de autoridades de supervisão e fiscalização); b. o legislador internalizou de forma parcial e equivocada na LGPD os exemplos internacionais observados, considerando apenas o consentimento como forma de proteção do melhor interesse de crianças, de modo que interpretação literal à favor do consentimento pode gerar: (i) conflito entre melhor interesse da Criança e do Adolescente e o interesse dos pais ou responsável legal; (ii) hierarquia não intencional do

consentimento em face das demais bases legais; insegurança jurídica quanto ao Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes; c. o melhor interesse da Criança e do Adolescente deve ser atendido de forma prioritária e analisado no caso concreto (direito fundamental, princípio jurídico interpretativo e regra de procedimento), inclusive para definição da base legal mais apropriada a determinado Tratamento de Dados Pessoais; d. o consentimento como única base legal pode violar o melhor interesse da Criança ou do Adolescente; e. os métodos de interpretação teleológico, histórico e lógico-sistêmico permitem sustentar a aplicação de outras bases legais além do consentimento, notadamente considerando a intenção protetiva do legislador, as referências anteriores sobre melhor interesse e a interpretação sistêmica no ordenamento jurídico brasileiro; f. há diversas situações práticas de implementação da LGPD nas quais é possível identificar a viabilidade de utilização de outras bases legais e, também, de inaplicabilidade do consentimento, em especial, em razão dos vícios desse consentimento ou de impossibilidade de garantia dos direitos de revogação e/ou eliminação dos Dados Pessoais; g. há referências internacionais robustas quanto à possibilidade de utilização de outras bases legais no Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, bem como quanto a orientações práticas de proteção em contextos específicos; h. há diversas medidas que devem ser adotadas pelos Agentes de Tratamento que visam garantir a proteção das Crianças no âmbito do Tratamento de seus Dados Pessoais e que não dependem diretamente do uso do consentimento enquanto base legal, mas sim, são decorrentes da observância de disposições previstas não apenas na LGPD, como também em regulamentações setoriais específicas.

PARTE 1: Sugestão de complementação do enunciado “O Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei. Caso seja a base legal mais apropriada no caso concreto, observado o melhor interesse da Criança, o Agente de Tratamento deverá coletar o consentimento nos termos do art. 14, §1º, LGPD.” Por que a complementação é relevante? A complementação da redação do enunciado da forma sugerida é relevante para esclarecer que o consentimento do art. 14, §1º da LGPD (i) se aplica ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e não de Adolescentes (conforme pontuado no parágrafo 70 do estudo preliminar da ANPD); e (ii) deve ser aplicável apenas quando mais apropriado no caso concreto e observado o melhor interesse.

PARTE 2: Teses que reforçam o enunciado proposto pela ANPD

PREMISSA A importância das demais bases legais, como alternativa ao consentimento como única hipótese autorizadora para Tratamento de Dados Pessoais, para garantia de uma proteção de dados efetiva às Crianças e Adolescentes. A questão central que justificou a presente tomada de subsídios pela ANPD, e que gerou vários questionamentos por parte da doutrina, é a interpretação do §1º do artigo 14 de forma literal, isto é, entender o consentimento como única base legal cabível para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. Essa interpretação sugere que o consentimento seria a base legal mais segura, e, portanto, deveria se reconhecer uma espécie de prevalência sobre as demais. Contudo, esse entendimento não merece prosperar. Primeiro, porque nem sempre o consentimento é a base legal que garante maior proteção para um Titular. Depois, porque o melhor interesse da

Criança, requisito do caput do artigo 14, não está necessariamente à mercê da vontade dos pais ou seu representante legal. A base legal é uma hipótese prevista em lei que autoriza um Agente de Tratamento a realizar uma atividade de Tratamento com Dados Pessoais. Logo, considerando que a LGPD prevê várias hipóteses autorizativas, é importante afastar o entendimento de que o consentimento seria a única válida para justificar o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. Para tanto, cabe revisitar rapidamente a evolução da legislação de proteção de Dados Pessoais, com objetivo de demonstrar a construção do racional que indica a necessidade de alternativas ao consentimento. Sobre essa evolução histórica, temos os seguintes comentários [1]: a) Primeira Geração (1970 a 1977): as leis da primeira geração regulamentavam a coleta e gestão de Dados Pessoais em larga escala e o seu controle pelo Estado (Governo). Em outras palavras, optou-se por controlar a criação desses bancos de dados a partir da concessão de autorização para o seu funcionamento; o Estado licenciava o funcionamento de todos os bancos de dados;[2][3] b)

Segunda Geração (1978): as leis de proteção de Dados Pessoais passaram a se preocupar com a esfera privada, para além das bases de dados estatais. Nesse contexto, o cidadão passou a ser o centro da legislação, bem como a exercer ingerência estabelecendo suas escolhas, por meio do consentimento; c) Terceira Geração (1980): as leis da terceira geração refletem uma amplitude do papel de protagonismo do indivíduo na proteção de Dados Pessoais. Além do consentimento, esse grupo de legislação passou a abranger mais do que a liberdade de fornecer Dados Pessoais, mas também garantir a efetividade dessa escolha. Procuraram assegurar a participação do indivíduo sobre todos os movimentos dos seus Dados Pessoais da coleta ao compartilhamento. Foi exatamente nessa geração que a autodeterminação informativa surgiu como extensão das liberdades presentes nas leis da segunda geração, pelo Tribunal Constitucional Alemão. O conceito de autodeterminação informativa reforça a ideia de que os indivíduos têm direito de “decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus Dados Pessoais podem ser utilizados” [4][5]; d)

Quarta Geração: essa geração das legislações mais modernas de proteção de Dados Pessoais foi construída a partir da dificuldade de se buscar tutela apenas na vontade individual da pessoa, inclusive, reconhece a necessidade de redução do papel dessa decisão do indivíduo. Assim, a estratégia protetiva desse grupo de leis demanda a mais alta proteção, a qual não pode ser conferida exclusivamente a uma decisão individual. Essa geração de leis reconhece que o indivíduo nem sempre tem condições de saber quando o Tratamento dos seus Dados Pessoais é importante, seja porque haverá interesses coletivos que superam a sua vontade individual, seja porque cada indivíduo tem um limite de conhecimento e/ou condições econômicas que o torna capaz de conceder um consentimento efetivamente livre [6][7]. A LGPD faz parte dessa Quarta Geração de leis de proteção de Dados Pessoais, e, nesse contexto, traz uma série de proteções além da restrição ao Tratamento de Dados Pessoais através do consentimento. Senão vejamos: a) princípios (artigo 6º da LGPD): regras/obrigações que o Agente de Tratamento deve cumprir (por exemplo: evitando tratamento em excesso, dar transparência ao Titular, implementar ferramentas e processos de segurança da informação, gerar evidência das medidas de proteção efetivamente implementadas etc.); b) bases legais diversas do consentimento (artigos 7º e 11 da LGPD): além do consentimento, a LGPD prevê um conjunto com hipóteses diversas de

Tratamento de Dados Pessoais, que refletem situações na qual o consentimento não é cabível. Temos como exemplo: (i) atividades de Tratamento para cumprir uma lei, cumprir políticas públicas, ou garantir o exercício de um direito, cumprir um contrato válido, proteção (prevalece o interesse público sobre o Titular); (ii) ou para proteção à vida ou à incolumidade física da pessoa, ou tutela da saúde (quando garantir o melhor interesse do indivíduo já está contido na hipótese autorizadora da lei), bem como circunstâncias que podem ser analisadas de forma casuística, (iii) como para proteção ao crédito (investigação de fraudes ou análise de crédito para disponibilização de recursos para acesso da Criança à educação) e (iv) para fins de legítimo interesse do Controlador (vender um seguro de vida cujo beneficiário é uma Criança que não seja seu filho); c) direitos específicos para os Titulares (artigos 18 e seguintes da LGPD): o Titular pode pedir acesso aos Dados Pessoais, se opor ao Tratamento ou mesmo informar a ANPD de que o Agente de Tratamento não está cumprindo com as regras, ou seja, é capaz de realizar fiscalização ativa, mesmo quando não autoriza o Tratamento de seus Dados Pessoais; e d) uma autoridade independente para fiscalizar o cumprimento da LGPD: há previsão de criação e funcionamento da ANPD, que deverá atuar de maneira independente, com objetivo de fiscalizar e garantir o cumprimento da Lei, inclusive mediante aplicação de penalidades. Diante de todo esse contexto de proteção, reduzir a possibilidade de Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes apenas ao consentimento vai na contramão das legislações modernas de proteção de Dados Pessoais, e ainda os expõe a Tratamento de Dados Pessoais menos seguro, pois admite que todos os pais ou responsáveis pelas Crianças tem conhecimento e condições econômicas de garantir a sua melhor proteção, ignorando toda a estrutura protetiva criada pela lei. Além disso, abre margem para que nem sempre o melhor interesse da Criança (inclusive sob aspecto social, isto é, melhor interesse das Crianças de uma maneira mais ampla) seja respeitado, como demonstrado no item b acima (quando comentamos sobre as bases legais da LGPD). Assim, passamos a apresentar de forma pormenorizada argumentos que sustentam a possibilidade de aplicação de outras bases legais que não o consentimento apenas, tomando como fundamento contexto histórico apresentado o qual demonstra que privilegiar o consentimento em detrimento de outras bases legais não é o caminho mais efetivo para a proteção mais elevada dos Titulares, especialmente das Crianças e Adolescentes. ARGUMENTOS 1) O destaque do grupo de Titulares “Crianças e Adolescentes” pelo legislador objetivou garantir maior proteção a esses Titulares. Contudo, na prática, a previsão do artigo 14, §1º da LGPD enseja complicações práticas e legislativas. Fundamentação: As bases legais dispostas na LGPD visam trazer regras para o Tratamento de Dados Pessoais, de forma que o legislador, ao estipular o consentimento como única base legal aplicável ao Tratamento de Dados Pessoais de Criança e Adolescente, buscou aumentar a proteção a esta categoria de Titular, considerando a sua vulnerabilidade. A LGPD tem por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Como forma de proteção, a LGPD trouxe mecanismos legislativos que traçam regras e limites legais para o Tratamento de Dados Pessoais, razão pela qual o Controlador apenas pode realizar uma atividade de Tratamento dentro e nos limites de uma das hipóteses legais autorizadas, as quais denominam-se de bases legais. Além disso, a referida legislação também diferencia a hipóteses legais de Tratamento para Dados Pessoais e

para Dados Pessoais Sensíveis, em função do maior potencial ofensivo e discriminatório. Neste contexto, o Controlador poderá tratar Dados Pessoais de acordo com uma das hipóteses legais autorizadas dispostas no artigo 7º, enquanto para o Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis, é necessária a observância das bases legais esculpidas no artigo 11. Portanto, verifica-se que a LGPD agrupa em categoria apartada e com regras próprias o Tratamento destinado aos Dados Pessoais Sensíveis. Contudo, é de pontuar que, quanto aos Titulares, a referida legislação não os classifica em categoria distintas e nem estabelece regras diferentes, exceto quando se trata de Criança e Adolescentes, visto ser este um grupo que requer atenção prioritária. Nesse sentido, em uma primeira interpretação literal do artigo 14, da LGPD, apenas poderá haver o Tratamento de Dados Pessoais de Criança e Adolescentes visando o seu melhor interesse e mediante consentimento de um dos pais ou responsáveis. Acredita-se que a intenção do legislador foi, em primeira análise, trazer maior proteção ao Tratamento de Dados Pessoais desta categoria de Titulares, mediante o fornecimento de consentimento específico e destacado, com aplicação da Teoria da Proteção Integral. De acordo com a Doutrina da Proteção Integral[8] “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” e, portanto, necessitam de maior proteção e cuidado. Portanto, as Crianças são classificadas como vulneráveis por serem pessoas em desenvolvimento e por não terem o amplo entendimento, inclusive quanto aos riscos em relação ao Tratamento de seus Dados Pessoais. Além disso, por não terem pleno e total conhecimento de seus direitos e garantias fundamentais, as Crianças necessitam do apoio e suporte de seus pais ou responsáveis legais, razão pela qual o legislador entendeu que a melhor maneira de garantir a ampla proteção às crianças seria restringir o Tratamento de Dados Pessoais deste grupo à base legal do consentimento dado pelos pais ou pelos responsáveis legais. Entretanto, a intenção do legislador ensejou algumas complicações tanto legislativas quanto práticas, como:

Criação de hierarquia entre as bases legais: apesar da base legal do consentimento estar posicionada topograficamente no primeiro inciso do artigo 7º e do artigo 11, verifica-se que, na verdade, não há hierarquia entre as bases legais, de forma que restringir o Tratamento de Dados Pessoais de Criança e Adolescentes à base legal do consentimento poderia, em tese, trazer uma hierarquização entre as bases legais que não é preconizada pela LGPD;

Possibilidade de violação ao melhor interesse da Criança: o consentimento dos pais ou dos responsáveis, na prática, nem sempre estará em consonância com o princípio do melhor interesse da Criança. Ademais, a restrição poderá inviabilizar a execução de medidas que visam assegurar a concretização de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, direito à educação, à saúde, ao acesso à informação, à liberdade de expressão, dentre outros; e

Insegurança jurídica quanto ao Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes: há uma omissão legislativa quanto ao termo “adolescente”, uma vez que o consentimento específico disposto no §1º, do artigo 14, da LGPD, destina-se, tão somente, ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, não havendo, assim, estipulação do mesmo regramento para Adolescentes. Com base nesse contexto, observa-se que há outras formas, inclusive mais eficientes, de garantir maior segurança ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, como a aplicação de outras bases legais, obrigatoriedade de elaboração de

Relatório de Impacto a Proteção de Dados Pessoais (RIPD) e indicação, pela ANPD, de medidas a serem adotadas quando houver Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes. Neste último ponto, é de destacar que a LGPD traz a abordagem baseada no risco, de forma que a elaboração de RIPD quando há o Tratamento de Dados Pessoais de Criança se mostra uma forma eficiente de avaliar todos os riscos envolvidos na atividade e como o controlador pode mitigá-los. Por fim, considerando que ainda não há diretrizes para Tratamento de Dados Pessoais para Criança e adolescente, as diretrizes[9] visando seu melhor interesse, trazidas pela Information Commissioner's Office, autoridade do Reino Unido, poderão auxiliar na orientação sobre como realizar o Tratamento de Dados Pessoais de Criança:

- proteção especial, porque as Crianças podem estar menos cientes dos riscos envolvidos;
- o desenvolvimento dos sistemas e dos processos deve considerar que este grupo precisa de proteção diferenciada desde o início;
- a conformidade com os princípios de proteção de Dados Pessoais e, em particular, a equidade deve ser fundamental para todo o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças;
- o enquadramento em uma base legal para tratar os Dados Pessoais de uma Criança, sendo o consentimento apenas uma das possibilidades de base legal, não a única, podendo ser utilizada uma base alternativa quando for mais apropriado e fornecer melhor proteção para a Criança;
- o consentimento de um dos pais ou responsável legal pode ser a melhor base legal para o Tratamento ao oferecer um serviço online diretamente para uma Criança, sendo possível coletar o consentimento do próprio Titular no caso de Adolescentes;
- para Crianças menores de idade, o consentimento deve ser de quem detém a responsabilidade por ela - a menos que o serviço online que seja preventivo ou de aconselhamento;
- ao confiar em "interesses legítimos", o Agente de Tratamento assume a responsabilidade de identificar os riscos e consequências do Tratamento e implementar salvaguardas adequadas à idade;
- quando se utiliza Dados Pessoais de Crianças para fins de marketing ou para criar perfis de personalidade ou de usuário, medidas de proteção específicas devem ser adotadas;
- as decisões, que tiverem um efeito legal ou significativo, relacionadas a este grupo, não devem ser tomadas com base unicamente no processamento automatizado;
- devem ser escritos avisos de privacidade claros para as Crianças, adaptados ao seu nível de entendimento e linguagem, de modo que elas possam compreender o que acontecerá com seus Dados Pessoais e quais direitos elas têm;
- as Crianças têm os mesmos direitos que os adultos sobre seus Dados Pessoais, o que inclui o direito de acessar seus Dados Pessoais, solicitar retificação, opor-se ao Tratamento e ter os seus Dados Pessoais apagados;
- o direito de um indivíduo de apagar os seus Dados Pessoais é particularmente relevante se o Titular deu seu consentimento para o Tratamento quando era Criança.

2) O melhor interesse da Criança deve ser analisado e considerado de forma prioritária em todas as ações ou decisões que envolvam este grupo, seja no âmbito público ou privado. Fundamentação: Antes de adentrar na análise do princípio, é necessário entender como este princípio está posicionado dentro do ordenamento jurídico e quais os efeitos oriundos deste posicionamento. No âmbito internacional, apesar de o conceito do “melhor interesse da criança” não ser recente, foi com o Comunicado Geral nº 14 à Convenção Internacional sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, que houve maior detalhamento em relação a esse direito substantivo, sendo, inclusive, posto como um princípio que deverá ser norteador de toda a matéria relacionada

aos direitos das Crianças e, também, como uma regra procedimental. Assim todas as ações ou decisões que envolvam Crianças, seja no âmbito público ou privado, deverão ser tomadas considerando o melhor interesse da Criança. Conforme mencionado acima, o “melhor interesse da criança” tem uma acepção tripla, pois para garantir a fruição plena e efetiva de todos os direitos e promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da criança, é necessário analisar o melhor interesse como:

- direito fundamental: deve-se ponderar como primordial o melhor interesse da Criança quando diversos interesses estiverem em conflito, devendo este direito ser garantido sempre que for envolvida uma Criança ou um grupo de Crianças;
- princípio jurídico interpretativo: quando em um dispositivo jurídico couber mais de uma interpretação, a norma deverá ser interpretada da forma que o melhor interesse da Criança seja priorizado;
- regra de procedimento: as decisões relacionadas a uma Criança, a um grupo de Crianças ou as Crianças em geral, deverão ser realizadas avaliando os impactos da decisão, prezando sempre pelo interesse do menor.

Já no âmbito interno, a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança das Nações Unidas foi ratificada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Esta convenção foi inserida no ordenamento jurídico com status de norma "supralegal", visto que, apesar de não ter sido aprovada nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal, trata sobre direitos humanos, garantindo, portanto, uma posição acima das leis infraconstitucionais. O efeito imediato do status de norma “supralegal” dado aos tratados e convenções sobre direitos humanos é que todas as normas jurídicas que estão posicionadas abaixo deles deverão ser materialmente compatíveis com eles e, quando um dispositivo infralegal possibilitar mais de uma interpretação, deve-se priorizar a interpretação que seja convergente com a norma supralegal, buscando sempre a uniformidade do ordenamento. Assim, feitas estas considerações, fica claro que toda e qualquer decisão, resolução de conflitos ou interpretação jurídica, que envolva este grupo prioritário, deverá considerar primordialmente o melhor interesse das Crianças, a fim de que haja a efetivação dos seus direitos fundamentais e que seja prezado o seu desenvolvimento físico, psicológico e social. Logo, na medida que o princípio do melhor interesse deve nortear todas as relações nas quais as Crianças estão inseridas, diferente não poderia ser o Tratamento de Dados Pessoais desta categoria de Titulares. Seguindo os preceitos internacionais e nacionais acerca do tema, o legislador previu no artigo 14, caput, da LGPD que todo Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes deverá ser realizado considerando o melhor interesse destes Titulares, ressaltando, assim, um princípio já previsto. Apesar da determinação de que o melhor interesse da Criança deverá ser considerado de forma prioritária, não há um conceito fechado quanto ao que seria este princípio. De acordo com o Comitê dos Direitos das Crianças da ONU, manifestado no documento “Comentário geral nº 14 (2013) do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior”[10]: O conceito do interesse superior da criança é complexo e o seu conteúdo deve ser determinado caso a caso. É através da interpretação e da aplicação do artigo 3º, parágrafo 1, em conformidade com as outras disposições da Convenção, que o legislador, juiz, autoridade administrativa, social ou educativa poderá densificar o conceito e dele fazer uso. O conceito do interesse superior da criança é, portanto, flexível e adaptável. Deverá ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança ou das

crianças envolvidas, tendo em conta o seu contexto, situação e necessidades pessoais. Nesse aspecto, vislumbra-se a necessidade da verificação do melhor interesse da Criança caso a caso, uma vez que se trata de um conceito abstrato e norteador. Contudo, buscando auxiliar na avaliação quanto a observância do melhor interesse da Criança, o Comitê trouxe uma lista, exemplificativa, de elementos que deverão ser considerados quando da avaliação acerca da observância deste princípio no caso concreto:

- a opinião da Criança;
- a identidade da Criança;
- a preservação do ambiente familiar e manutenção de relações (incluindo relações sociais);
- cuidados, proteção e segurança da Criança;
- situação de vulnerabilidade;
- o direito da Criança à saúde; e
- o direito da Criança à educação, dentre outros.

É importante salientar que em algumas situações poderá haver conflito entre estes elementos. Nestes casos, os interesses das Crianças deverão ser sopesados entre si, de maneira a encontrar uma solução que assegure um equilíbrio entre os direitos, ao mesmo tempo que garanta o desenvolvimento global da Criança. Sem prejuízo do argumento e da importância de se buscar, concretamente, o melhor interesse do menor nas atividades de Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, é de se ressaltar que, em alguns casos, é possível que haja tal Tratamento de forma incidental, em atividades não direcionadas a esse público. É o caso do oferecimento de produtos e/ou serviços em que não é viável a verificação prévia de idade do titular e/ou que não sejam direcionados especificamente a essas faixas etárias (por exemplo, a coleta de Dados Pessoais via cookies em websites não direcionados especificamente a menores de 18 anos, ainda que acessíveis ao público em geral). Nessas situações, mesmo que seja reconhecida a importância de buscar o melhor interesse do menor e se espere que o agente de tratamento atue com diligência em observância aos preceitos da LGPD, é fundamental que haja um equilíbrio de expectativas e de exigências. Afinal, o intuito do artigo 14 da lei não é proteger Crianças e Adolescentes às custas da sobrecarga de obrigações que recaem sobre os agentes de tratamento de forma indiscriminada. Sendo assim, é indicado que a análise concreta do melhor interesse e toda a adequação específica ora proposta pela ANPD por ocasião desta Tomada de Subsídios ocorra para atividades que especificamente sejam voltadas a Crianças e Adolescentes. Contudo, para as demais – que apenas incidentalmente, e não propositadamente, tratem dados pessoais desse público –, os parâmetros gerais da LGPD podem ser vistos como suficientes para garantir a conformidade do Tratamento, visto que já contemplam o atendimento a princípios, a garantia de exercício de direitos pelos titulares e o respeito aos limites de cada base legal. A esse respeito, vale observar a título de referência o Guia sobre o Uso de Câmeras de Vídeo para Segurança e Outras Finalidades, emitido pela Agência Espanhola de Proteção de Dados[11]. Tal documento, ainda que reconheça a necessidade de cuidados para utilização de câmeras de vigilância em áreas comuns ou próximas a escolas, não faz ressalvas específicas acerca de avaliação específica do melhor interesse do menor. Ao contrário, reforça orientações que poderiam ser vistas como gerais ao uso desse tipo de tecnologia (como ponderação de proporcionalidade entre a finalidade e o uso de câmeras, posicionamento dos equipamentos, vedação de uso em espaços que possam invadir a privacidade dos titulares (ex.: banheiros), etc.).

3) Considerar o consentimento previsto no artigo 14, §1º da LGPD como a única base legal apta a justificar o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças pode representar a violação do melhor interesse e outros direitos fundamentais da Criança. Fundamentação: Ao

considerar o consentimento previsto no artigo 14, §1º da LGPD como única base legal apta a legitimar o Tratamento de Crianças, é possível verificar inúmeras situações em que o melhor interesse e outros direitos fundamentais podem não ser observados em virtude da inércia ou mesmo da recusa de um dos pais ou do representante legal em fornecer o consentimento específico e em destaque para o Tratamento de Dados Pessoais de seus filhos ou representados. Num contexto social em que as atividades cotidianas utilizam, em sua maioria, ferramentas tecnológicas ligadas ao uso da internet e que muitas operações são viabilizadas por meio do Tratamento de Dados Pessoais[12], condicionar a legalidade do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças à obtenção do consentimento dos pais ou responsáveis legais poderá tolher não apenas o melhor interesse da criança, mas também diversos direitos fundamentais deste grupo, como o direito à saúde, à educação, ao lazer ou até mesmo a dignidade da pessoa humana:

- violação ao melhor interesse e ao direito à saúde (artigos 196 e 227, CF): em um cenário de desenvolvimento e implementação de uma política pública de saúde que tem o objetivo reduzir a incidência de determinada doença, que vem sendo crescente em Crianças, é imprescindível o Tratamento de Dados Pessoais desses Titulares. E, assim, a necessidade de obtenção do consentimento de um dos pais e/ou responsável legal, muito provavelmente, inviabilizaria não apenas a criação, como a implementação dessa política;
- violação ao melhor interesse e ao direito à educação (artigos 205 e 227, CF): nos casos de matrícula de Crianças em escolas (públicas ou privadas) onde os pais e/ou o responsável legal se recusam a fornecer o consentimento para Tratamento dos Dados Pessoais da Criança a ser matriculada na escola, não poderia a instituição de ensino prosseguir com a matrícula e, assim, claramente estaríamos diante de uma situação em que o melhor interesse e o direito à educação da criança são violados;
- violação ao melhor interesse e ao direito ao lazer (artigos 6º e 227, CF): ocorreria no contexto exemplificado acima nos casos de recusa do fornecimento do consentimento pelos pais e/ou responsáveis legais nos casos de matrícula de Crianças em colônia de férias;
- violação ao melhor interesse e à dignidade humana (artigo 227, CF): as Organizações Não-Governamentais (“ONGs”) que atuam na prestação de serviços assistenciais voltados para Crianças que se encontram em situação de rua, ou seja, que claramente objetivam garantir a dignidade humana e atuam no melhor interesse desses menores, necessariamente deveriam coletar o consentimento de um dos pais e/ou responsável legal para tratar os dados pessoais das Crianças assistidas? Caso os pais e/ou responsáveis legais não fossem identificados, essas Crianças deveriam ser excluídas dos benefícios da assistência prestada pelas ONGs? Ainda, sob o ponto de vista dos Agentes de Tratamento, considerando o dever que lhes é imposto de observar o melhor interesse da Criança no Tratamento de Dados Pessoais desses Titulares (previsto não apenas no artigo 14, caput da LGPD, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e na Convenção Internacional sobre Direitos da Criança das Nações Unidas), é possível identificar diversos cenários em que, ao tratar os Dados Pessoais de Crianças apenas quando fornecido o consentimento dos pais e/ou responsáveis legais, o Agente de Tratamento estaria violando o melhor interesse e até mesmo outros direitos fundamentais da Criança. Nesse sentido, vale questionar:
- como uma empresa irá incluir os filhos de seus colaboradores como beneficiários dos planos de saúde, se eles se recusarem a fornecer o consentimento para tanto?
- como os postos de vacinação

poderão emitir o certificado de vacina das Crianças, se os pais se recusarem a fornecer o consentimento para tanto? • como uma escola poderia compartilhar os Dados Pessoais de uma Criança para seu atendimento médico prioritário, caso tenha deixado de obter o consentimento para tanto? E se o consentimento fosse negado? E se após concedido, fosse revogado? • se um dos pais ou responsável legal da Criança adquiriu uma passagem aérea para que a Criança viaje na condição de menor desacompanhado, a companhia aérea precisaria solicitar o consentimento específico e em destaque para poder tratar um Dado Pessoal relacionado à intolerância alimentar desse menor? Teria que alocar esse Tratamento, na hipótese de não obtenção do consentimento, na exceção de “proteção” à Criança? O que é e o que deixa de estar na esfera subjetiva dessa justificativa de “proteção”? • e se o material publicitário ou anúncio tiver como conteúdo incentivos culturais ou educacionais para determinado público infantil ou Adolescente? Será que o envio personalizado não seria favorável ao melhor interesse, mesmo sem consentimento? Portanto, considerando os inúmeros cenários em que o melhor interesse e direitos fundamentais das Crianças poderiam ser violados em razão da necessidade de obtenção do consentimento do artigo 14, §1º pelos Agentes de Tratamento, que, por sua vez, deixariam de cumprir deveres que lhes são impostos de observância não apenas do melhor interesse como de outros direitos das Crianças, é inevitável concluir pela necessidade de aplicação de outras bases legais (previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD) ao Tratamento de Dados Pessoais desse grupo de Titulares. 4) A interpretação do artigo 14, §1º da LGPD deve ser realizada de forma a compatibilizar o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças com outros dispositivos do ordenamento jurídico. Fundamentação: Uma norma jurídica deve ser interpretada considerando o ordenamento jurídico como um todo, com o objetivo de que não haja conflito entre duas normas. Nesse sentido, algumas técnicas de interpretação jurídica podem ser utilizadas, por exemplo, quando uma norma aparentemente apresentar conflito com outras previstas no ordenamento. Essas técnicas poderão ser utilizadas de forma conjunta ou isoladamente, dependendo da norma a ser interpretada. Nessa perspectiva, verifica-se que a utilização de métodos de interpretação quando da análise do artigo 14, §1º da LGPD possibilita a aplicação de outras bases legais para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e, em especial, destacam-se os seguintes métodos [13]: • teleológico: consiste na verificação da finalidade do dispositivo legal, especialmente com relação ao cumprimento do objetivo almejado pelo legislador para a elaboração da norma. Nestes casos, analisar a exposição de motivos da norma é fundamental; • histórico: baseia-se na investigação dos antecedentes da lei referentes ao histórico do processo legislativo, às conjunturas socioculturais, políticas e econômicas relacionadas à elaboração da lei; e • lógico-sistemático: consiste em analisar a norma jurídica em conjunto com outras normas previstas no sistema normativo, averiguando todas as disposições pertinentes ao mesmo objeto, considerando que o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo e que os dispositivos legais devem ser complementares e convergentes. Sob o ponto de vista dos métodos teleológico e histórico, da análise da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.060 de 2012, que expõe a motivação para inclusão do artigo 14, §1º na LGPD, nota-se que o legislador, entendendo que a previsão do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças com base apenas no melhor interesse (artigo 14, caput) não acrescentaria uma proteção especial necessária para este grupo, propôs a restrição de hipóteses de Tratamento

de Dados Pessoais de Crianças apenas quando fornecido o consentimento dos pais e/ou responsável legal, inspirado na legislação estadunidense e com o objetivo de garantir maior proteção às crianças: Na questão do tratamento de dados de crianças e adolescentes, o Projeto original apenas determina, de maneira superficial, que a atividade deva se dar “no seu melhor interesse, nos termos da legislação pertinente”. Entendemos que esse comando não acrescenta nenhuma proteção especial para esse vulnerável grupo de pessoas. Não é o que ocorre em outros países. Nos EUA, como já foi dito, o Children’s Online Privacy Protection Act, de 1998, conhecida como Lei COPPA,²² possui importante contribuição, a qual utilizamos como inspiração para a questão. Decidimos incluir, como regra geral, ser ilegal a coleta de dados pessoais de crianças, abaixo de 12 anos de idade, sem o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal. Nesses casos, o responsável deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que esse consentimento foi dado efetivamente pelo responsável pela criança, levando em consideração as tecnologias disponíveis. A exceção é quando a coleta seja necessária para contatar os pais ou responsável legal. Contudo, da análise do Children’s Online Privacy Protection Act (“COPPA”), de 1998, verifica-se que o consentimento de um dos pais e/ou responsável legal só é requerido nas hipóteses em que há a o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças no âmbito da prestação de um serviço on-line voltado a esse grupo. Ou seja, a limitação inserida no artigo 14, §1º da LGPD, apesar de inspirada no cenário americano, não corresponde ao que é definido pela legislação estadunidense. Além disso, destonando da intenção do legislador, a aplicação do artigo da LGPD supramencionado na prática não representa uma proteção às Crianças, podendo – de maneira oposta – acarretar situações de violação ao seu melhor interesse e aos seus direitos fundamentais. Já no que tange ao método sistemático, a interpretação do artigo deve ser realizada em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal. Contudo, fato é que a restrição contida neste dispositivo legal pode impedir o pleno exercício de direitos fundamentais conferidos às Crianças, especialmente o melhor interesse, o direito à saúde, à educação, ao lazer e à dignidade humana. Dessa forma, ao interpretarmos o artigo 14, §1º da LGPD de acordo com a sua finalidade, com o contexto em que foi produzida a lei e ponderando o sistema jurídico como um todo (métodos teleológico, histórico e sistemático, respectivamente), considerando os cenários de desproteção às Crianças que a interpretação literal e restritiva deste dispositivo pode representar, é necessário reconhecer que outras bases legais deverão ser aplicadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças pelos Controladores, sendo imperioso identificar no caso concreto qual hipótese (dentre as previstas no artigo 7º, quando do tratamento de dados “comuns”, e no artigo 11, de dados sensíveis) se aplica ao Tratamento desses menores, sempre sob o viés do melhor interesse deste grupo. 5) Há exemplos práticos que permitem identificar que as bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD podem/devem ser aplicadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, sempre sob o viés do melhor interesse deste grupo.

Fundamentação: Os direitos à proteção dos Dados Pessoais e à privacidade não são absolutos e devem ser interpretados em harmonia com todo o ordenamento jurídico, conforme demonstrado ao longo desta contribuição. Assim, para assegurar que outros direitos fundamentais das Crianças sejam concretizados, é imprescindível o reconhecimento de que

outras bases legais poderão ser aplicadas. Nesse sentido, entende-se que os Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes poderão ser tratados pelo Controlador, caso exista o devido enquadramento em uma das bases legais legítimas previstas e indicadas no artigo 7º ou 11 da LGPD, uma vez que não se mostra lógico e nem racional pensar na necessidade de cumulação do consentimento com outras bases legais. Segue abaixo análise exemplificativa acerca da possibilidade de aplicação de cada uma das demais bases legais previstas na LGPD, além do consentimento, em vista do melhor interesse da Criança e do Adolescente: Artigo 7º, LGPD – Dados Pessoais “comuns”:

a) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória
Exemplo: imposição legal, prevista no artigo 56 do ECA, que determina aos dirigentes de instituições de ensino fundamental o dever de comunicação ao Conselho Tutelar nos casos de maus-tratos, reiteração de faltas injustificadas, evasão escolar e elevados índices de repetência. Observação: esta é uma hipótese em que claramente o consentimento para o Tratamento dos Dados Pessoais seria impossível, visto que há um conflito entre o interesse dos pais e o da Criança, e que a restrição do consentimento para o Tratamento de Dados Pessoais violaria o melhor interesse da Criança.

b) Pela administração pública, para o Tratamento e uso compartilhado de Dados Pessoais necessários à execução de políticas públicas
Exemplo: Governo Federal, Estadual ou Municipal que tratam Dados Pessoais de Crianças para os fins de estabelecer métodos de garantir, de forma eficaz, seus direitos fundamentais, como educação, saúde, lazer. O compartilhamento de conteúdo educacional, de saúde (ex.: vacinação) ou cultural voltado especificamente ao público infantil ou Adolescente por servir de incentivo ao desenvolvimento e efetivação de direitos fundamentais desses Titulares, mesmo sem a necessidade de consentimento. Observação: percebemos que em grande parte das vezes o governo não precisará tratar os Dados Pessoais de forma a identificar o titular. No entanto, se identificável o Titular, seria possível condicionar a implementação de políticas públicas ao consentimento de um dos pais ou responsável nestes casos?

c) Realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos Dados Pessoais
Exemplo: instituição de pesquisa que deseja avaliar o neuromarketing (estudo de como o cérebro reage aos estímulos publicitários) no âmbito de anúncios publicitários voltados ao público infantil. Observação: poderia a instituição deixar de fazer avançar estudos sobre neuromarketing, com relevante impacto para a proteção das Crianças em relação a possíveis impactos que anúncios publicitários podem causar, diante da ausência de consentimento específico e em destaque? Caso exigisse o consentimento, como o direito de revogação e/ou o direito de eliminação dos Dados Pessoais impactaria o resultado da pesquisa?

d) Execução de contrato
Exemplo: inclusão de beneficiários em plano de saúde empresarial – colaboradores menores de idade (menor aprendiz) ou dependentes (Crianças e Adolescentes) de colaboradores maiores de idade. Observação: como as Crianças e/ou Adolescentes poderiam usufruir dos benefícios ofertados pela empresa em caso de inércia de um dos pais ou responsável legal? E como ficariam as demais atividades relacionadas ao contrato, caso dependentes do consentimento específico para cada finalidade (por exemplo, auditorias de planos de saúde, prevenção à fraude)?

e) Exercício regular de direitos
Exemplo: empresa que armazena os Dados Pessoais de seus clientes para eventuais defesas de seu direito em ações judiciais ou procedimentos arbitrais ou administrativos. Observação: seria razoável condicionar o armazenamento por

um determinado tempo ao consentimento de um dos pais ou responsável? Caso um dos pais ou responsável tenha a intenção de ingressar com uma ação judicial contra a empresa, seria razoável permitir a revogação do consentimento e a eliminação dos Dados Pessoais que porventura poderiam respaldar a defesa? f) Proteção da vida ou da incolumidade física do Titular ou de terceiro Exemplo: empresas que, no âmbito dos serviços prestados, assumam o dever de vigilância em relação às Crianças (tais como berçários, colégios, colônias de férias) e necessitam coletar e armazenar dados com a finalidade de zelar pela segurança e bem-estar da Criança, como por exemplo dados relacionados a eventuais alergias que a Criança tenha. Observação: entendemos que as coletas desses dados pelas empresas poderão ser alocadas na exceção contida no artigo 14, §3º da LGPD. Contudo, considerando a literalidade deste dispositivo, os dados não poderiam ser armazenados, o que impossibilitaria o cumprimento da finalidade pelas empresas. g) Tutela da saúde Exemplo: quando profissionais de saúde necessitam tratar os Dados Pessoais de Criança em procedimentos de saúde. Observação: o Tratamento dos Dados Pessoais contidos no prontuário da Criança poderia estar sob a discricionariedade dos pais em fornecer/revogar o consentimento? h) Legítimo interesse do Controlador ou de terceiro Exemplos: (i) empresas que desejam veicular anúncios sobre produtos ou serviços que sejam adaptados e adequados ao público infantil e Adolescente ou que visam comunicar sobre meios de apoio a vulneráveis dessas faixas etárias; (ii) uso de cookies em websites acessíveis ao público em geral (não necessariamente direcionados a Crianças e Adolescentes). Observação: em situações nas quais o público-alvo é composto por indivíduos dessas faixas etárias, será que o consentimento não poderia ser substituído por outras salvaguardas e customização de controles? E quando se está diante de peças de conscientização educacional ou de informação de meios de apoio psicológico ou contra violências cometidas frente a esse público? Ainda, nas situações em que há a coleta e o tratamento de Dados Pessoais em atividades não direcionadas especificamente a Crianças e Adolescentes, mas sim ao público em geral, faz sentido exigir salvaguardas específicas (além das gerais já constantes da LGPD) que podem sobrecarregar os agentes de tratamento, ainda que tal atividade não represente alto risco aos titulares? i) Proteção ao crédito Exemplo: investigação de fraudes envolvendo Dados Pessoais de Crianças (fraude contra credores, por exemplo). Observação: seria razoável obstar uma investigação ou realizá-la de forma incompleta ao se desconsiderar dados de Crianças envolvidos? Deve-se levar em consideração que a investigação pode ser conduzida no interesse da Criança, inclusive.

Artigo 11, LGPD – Dados Pessoais Sensíveis: a) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória Exemplo: aos hospitais é imposta a obrigação de armazenamento dos prontuários médicos por 20 anos a contar do último registro no documento (Lei nº 13.787/2018). Observação: estariam os hospitais sujeitos ao fornecimento ou não do consentimento dos pais e/ou responsáveis legais para armazenamento dos prontuários das Crianças considerando a obrigação legal a eles imposta nesse sentido? E, ainda, caso o consentimento fosse revogado, estaríamos diante de dois cenários: (i) violação da LGPD caso os Dados Pessoais os prontuários permanecessem armazenados pelo hospital mesmo diante da revogação do consentimento fornecido; ou (ii) violação da legislação federal caso a empresa deixasse de armazenar o prontuário pelo prazo previsto em lei. b) Pela administração pública, para o Tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas

Exemplo: Governo Federal, Estadual ou Municipal que tratam Dados Pessoais de saúde de Crianças para os fins de estabelecer métodos de garantir, de forma eficaz, seus direitos fundamentais, como saúde. No cenário atual, por exemplo, o Tratamento de Dados Pessoais de vacinação das Crianças é fundamental no âmbito da campanha de vacinação contra Covid pela administração pública. Observação: estaria a administração pública condicionada ao fornecimento do consentimento dos pais e/ou responsáveis legais para fins de execução de políticas públicas relacionadas à saúde, nas quais o Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis de Crianças é imprescindível? c) Realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida,

sempre que possível, a anonimização dos Dados Pessoais Exemplo: nos casos em que Dados Pessoais Sensíveis de Crianças são tratados no âmbito de estudos realizados por órgãos de pesquisa (como nos casos de pesquisas desenvolvidas com gestantes infectadas pelo Zika vírus que concluíram que a infecção desse vírus durante a gravidez pode causar um defeito congênito, microcefalia, e comprometer, inclusive, outras regiões cerebrais da Criança).

Observação: sendo garantida, sempre que possível, a anonimização dos Dados Pessoais, estariam as pesquisas condicionadas ao fornecimento de consentimento dos pais e/ou responsáveis legais? Caso os consentimentos fornecidos fossem posteriormente revogados, seriam os resultados dos estudos comprometidos? d) Exercício regular de direitos

Exemplo e observação: aplicáveis os mesmos do item acima para Dados Pessoais “comuns”.

e) Proteção da vida ou da incolumidade física do Titular ou de terceiro Exemplo e observação: aplicáveis os mesmos do item acima para Dados Pessoais “comuns”. f)

Tutela da saúde Exemplo e observação: aplicáveis os mesmos do item acima para Dados Pessoais “comuns”. g) Garantia de prevenção à fraude e à segurança do Titular

Exemplo: coleta de identificação biométrica para acesso a conta bancária. Observação: a Criança e o Adolescente que tiverem contas abertas ou serviços contratados em seu nome

poderão ficar mais vulneráveis a serem vítimas de fraudes. 6) No âmbito internacional algumas normas estabelecem regras mais rígidas para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, considerando a condição de vulnerabilidade do grupo. Contudo, tais normas trazem exceções à obrigatoriedade de obtenção do consentimento para o Tratamento de Dados

Pessoais de Crianças. Fundamentação: Internacionalmente, ainda há lacunas regulatórias quanto ao tema. É o que ocorre, notadamente, na América Latina. Não obstante, há exemplos de legislações e jurisdições que buscam efetivar a proteção do melhor interesse da criança no

Tratamento de seus Dados Pessoais, podendo figurar como experiências de aprendizado ou referência para a ANPD. O primeiro desses exemplos é o Children’s Online Privacy

Protection Act (“COPPA”). Editado nos EUA em 1998, busca proteger menores de 13 anos no ambiente on-line, sendo aplicável também em contextos de aplicativos de smartphones e

websites. Essa lei prevê a coleta do consentimento de um dos pais e/ou responsável legal, porém tal solicitação apenas é necessária nas hipóteses em que há o Tratamento de Dados

Pessoais de Crianças no âmbito da prestação de um serviço online voltado a esse grupo. Outras situações, como envio de comunicações periódicas sobre atualizações do serviço,

lembrete de senha, proteção da segurança da Criança e resposta a processo judicial ou requisição sobre tema de segurança pública, não dependem de consentimento. Um segundo

exemplo é o Regulamento Geral de Proteção de Dados (“GDPR”), que aborda o tema nos Considerandos 38 e 58 e no artigo 8º. De acordo com o normativo europeu, a proteção

diferenciada de Crianças tem como fundamento sua menor consciência quanto aos riscos, consequências e cuidados no Tratamento de Dados Pessoais, bem como em razão dos demais direitos relacionados a esse grupo de Titulares. Contudo, tal atenção é ressaltada em casos específicos, como finalidades de marketing, perfilamento e coleta de Dados Pessoais em serviços on-line ofertados diretamente a Crianças. Para esses casos, é necessário o consentimento, assim como para a oferta de serviços on-line a menores de 16 anos. Em outros casos, há dispensa do consentimento, como serviços de prevenção e aconselhamento. De todo modo, em qualquer situação, o GDPR resalta outras salvaguardas de proteção às Crianças que não a limitação de base legal apenas ao consentimento. É o exemplo do cumprimento do princípio da transparência, que deve ser ajustado para permitir o entendimento do público-alvo, com linguagem apropriada e/ou adaptada. Dito isso, é possível concluir que, ainda que a limitação inserida no art. 14, §1º da LGPD tenha tido por objetivo a proteção da Criança pelos legisladores brasileiros, usando como inspiração normas estrangeiras, as mesmas normas mencionadas (como é o caso da legislação estadunidense) não proíbem em si o Tratamento por outras bases legais além do consentimento. Na realidade, já são previstas de pronto situações de dispensa ao consentimento, demonstrando que a internalização feita no Brasil poderia ter ocorrido de forma mais crítica ou, ao menos, detalhada. Assim, ao invés de limitar o uso de outras bases legais que não o consentimento pelos Agentes de Tratamento, é recomendado que a ANPD interprete a LGPD de forma harmoniosa com o ordenamento jurídico como um todo, bem como se inspire em práticas já indicadas internacionalmente que visam incrementar a proteção a Crianças e Adolescentes no Tratamento de seus Dados Pessoais. Vale ressaltar que, como mencionado ao longo desta contribuição – e melhor detalhado abaixo – a escolha de base legal não é um mecanismo especificamente ou unicamente existente para proteção do melhor interesse da Criança e do Adolescente. Certo é que os demais controles e mesmo os princípios trazidos pela LGPD formam uma rede robusta de proteção, quando aplicados de forma adequada e coordenada. Exemplos disso são orientações práticas emitidas por autoridades estrangeiras e estudos a respeito do tema[14][15][16]. Mesmo em setores de mercado que realizam Tratamentos classicamente vistos como mais críticos ou que demandam maiores cuidados, não necessariamente o consentimento é a única forma de assegurar o melhor interesse da Criança e do Adolescente. É o exemplo de uso de linguagem apropriada para cada faixa etária, desenho de painel de controle por meio do qual as configurações de privacidade podem ser facilmente ajustadas de acordo com o interesse dos pais ou responsável legal (não se confundindo com consentimento), desenho de funcionalidades ou de elementos que serão apresentados ao usuário Criança e/ou Adolescente adaptados ao fácil entendimento e sem vieses que os levem ao engano, dentre outros. 7) Para além da eleição de uma base legal apropriada ao caso concreto e a observância do melhor interesse, há uma série de medidas que devem ser adotadas pelos Agentes de Tratamento que visam a garantir a proteção das Crianças no âmbito do Tratamento de Dados Pessoais. Fundamentação: A fim de que o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças seja considerado legítimo, para além da eleição de uma base legal apropriada ao caso concreto pelo Controlador e a observância do melhor interesse (conforme destacado acima), os Agentes de Tratamento devem garantir a observância: • dos 10 (dez) princípios elencados no artigo 6º da LGPD; • das

regras específicas voltadas ao Tratamento de Dados Pessoais desse grupo de titulares, previstas nos parágrafos do artigo 14 da LGPD; • de diferentes legislações que trazem regras específicas direcionadas às Crianças, como, por exemplo, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) e a Resolução nº 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (“CONANDA”); e • de diretrizes setoriais que regulamentam determinadas atividades, como por exemplo, para fins publicitários, as normas previstas na seção 11 do Código do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (“CONAR”). Assim, os Agentes de Tratamento devem garantir que o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, independentemente da base legal apta a justificar a atividade, observe diversas medidas que visam a garantir a observância não apenas da LGPD, mas de outras legislações e até autorregulamentações que estabelecem regras específicas voltadas a esse grupo de Titulares. Nesse sentido, no que se refere à necessidade de observância dos 10 princípios elencados no artigo 6º da LGPD, verifica-se que: (i) o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças deve ocorrer de acordo com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados aos Titulares (artigo 6º, I, LGPD); (ii) deve haver uma compatibilidade entre a finalidade especificada pelo Controlador e o Tratamento dos Dados Pessoais (artigo 6º, II, LGPD); (iii) apenas os Dados Pessoais estritamente necessários devem ser utilizados (artigo 6º, III, LGPD); (iv) devem ser disponibilizadas às crianças informações claras e precisas sobre como é realizado o Tratamento dos seus Dados Pessoais (artigo 6º, VI, LGPD); (v) às crianças deve ser garantida a consulta facilitada e gratuita sobre o Tratamento de seus Dados Pessoais (artigo 6º, IV, LGPD); (vi) os Agentes de Tratamento devem envidar esforços para garantir que os Dados Pessoais utilizados são corretos, exatos, claros e fiéis à realidade (artigo 6º, V, LGPD); (vii) os Dados Pessoais das Crianças não podem ser utilizados para fins discriminatórios, ilegais ou abusivos (artigo 6º, IX, LGPD); (viii) os Agentes de Tratamento devem adotar medidas de segurança técnicas e administrativas que sejam eficientes na proteção dos Dados Pessoais, evitando acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão dos dados (artigo 6º, VII, LGPD); (ix) devem ser adotadas medidas que visem a evitar danos às Crianças em virtude do Tratamento realizado (artigo 6º, VIII, LGPD); e (x) os Agentes de Tratamento devem ser capazes de demonstrar a adoção de medidas de proteção de Dados Pessoais eficazes e em conformidade com a LGPD (artigo 6º, X, LGPD). Já no que se refere às previsões específicas da LGPD voltadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, os parágrafos do artigo 14 estabelecem que: (i) o consentimento (quando a base legal apropriada ao caso concreto) deve ser específico e em destaque dado por um dos pais ou pelo responsável legal (§1º), devendo os Controladores realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável da Criança, consideradas as tecnologias disponíveis (§5º); (ii) quanto à transparência, os Controladores devem (1) manter pública a informação sobre os tipos de Dados Pessoais coletados, a forma de sua atualização e os procedimentos para o exercício dos direitos elencados no artigo 18 da LGPD (§2º); e (2) fornecer informações sobre o Tratamento de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação

necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da Criança (§6º); e (iii) é vedado aos Controladores condicionar a participação de crianças em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de Dados Pessoais, além daqueles estritamente necessários à atividade (artigo 14, §4º). Ainda, os Agentes de Tratamento devem observar não apenas as disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente voltadas a esse grupo (garantindo a proteção integral da Criança, conforme disposto no artigo 227, da CF e do artigo 4º do ECA, por exemplo)[17], como também aquelas previstas em legislações específicas como, por exemplo, no setor de publicidade e marketing: (i) do Marco Legal da Primeira Infância, que determina a proteção da Criança contra toda forma de violência e pressão consumista; e (ii) da Resolução 163/2014 do Conanda, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à Criança e ao Adolescente. Por fim, o que se observa é que os Agentes de Tratamento devem observar diretrizes setoriais que também abrangem regras que visam a garantir a proteção de Crianças, como é o exemplo do Código do CONAR, voltado ao setor publicitário que, em relação à propaganda indireta, estabelece que não poderão ser empregadas Crianças e artificios que visem a captar a atenção das Crianças, devendo ter como público-alvo exclusivamente os adultos, na medida em que os próprios anunciantes reconhecem a abusividade desse tipo de publicidade, que se aproveita da dificuldade das Crianças de compreenderem as estratégias de persuasão utilizadas pelo marketing (seção 11, artigo 37, 3, CONAR)[18]. Portanto, observa-se que em diversas atividades de tratamento, mesmo sem análise concreta do melhor interesse do menor ou sem requisitos adicionais de proteção de dados pessoais (por exemplo, que impactem os requisitos de aplicação de legítimo interesse, se essa for a base legal apropriada), a própria regulamentação setorial já preceitua outros mecanismos de proteção a esse grupo de titulares, como no exemplo mencionado acima, de envio de publicidade aos pais e não diretamente à Criança e/ou ao Adolescente. Verifica-se, portanto, que os Agentes de Tratamento devem adotar diversas medidas que visam a garantir a proteção das Crianças no âmbito do tratamento de seus Dados Pessoais, sendo a eleição de uma base legal apropriada ao caso concreto e a observância do melhor interesse apenas dois dos demais mecanismos protetivos previstos tanto no ordenamento jurídico, como em regulamentações setoriais específicas. Notas e referências: [1] Terminologia proposta por Viktor Mayer-Schrönberger no artigo público com o Título “General development of data protection in Europe”, constante das páginas 219 a 242 do livro “Technology and Privacy: The New Landscape”, publicado em 31 de outubro de 1997 pela MIT Press, sob a coordenação de Philip E. Agre e Marc Rotember. [2] BIONI. Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais, a função e os limites do consentimento. São Paulo: Editora Forense, 2018. P. 116 e 117. [3] DONEDA. Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P. 174 a 176. [4] BIONI. Bruno Ricardo. Idem, p. 118 e 119. [5] DONEDA. Danilo. Idem, p. 176 a 178. [6] BIONI. Bruno Ricardo. Idem. [7] DONEDA. Danilo. Idem. [8] Doutrina 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 direito”. Vide, AMIN, André Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª

edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. [9] ICO/UK. Diretriz tratamento de dados de crianças. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/children/>. Acesso em: 19.09.2022. [10] ONU. Comentário geral nº 14 do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior. 2013. Disponível em:

https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em: 19.09.2022. [11] AEPD – Agencia Española de Protección de Datos. Guía sobre el uso de videocâmaras para seguridad y otras finalidades. Disponível em:

<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-videovigilancia.pdf>. Acesso em:

29.09.2022. [12] MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato Opice (coord). Comentários ao GDPR. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 136 e 139.

[12] SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e interpretação jurídica. 4ª edição.

São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Parte I - Capítulo Seis. [13] FRAZÃO, Ana. Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes. Parecer encomendado pelo Instituto Alana. São Paulo: Programa Criança e Consumo do Instituto Alana, 2021.

Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/11/dever-geral-de-cuidado-das-plataformas.pdf>. Acesso em: 19.09.2022. [14] ICO/UK. Introduction to the age appropriate design code. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-code/>. Acesso em: 19.09.2022. [15]

EUA. Proposta de lei na Califórnia. California Age Appropriate Design Code. Disponível em: <https://californiaadc.com/>. Acesso em: 19.09.2022. [16] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSTITUTO ALANA. Comentário Geral nº 25 sobre os

direitos das crianças em relação ao ambiente digital. Versão Comentada. 2022. Disponível em: <https://alana.org.br/wp-content/uploads/2022/04/CG-25.pdf>. Acesso em: 20 de setembro

de 2022. [17] FRAZÃO, Ana. Idem, p. 212. BRASIL. Decreto Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em:

19.09.2022. EUA. Children’s Online Privacy Protection Act. Disponível em:

<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim>. Acesso em: 19.09.2022. ITS RIO. Relatório de Boas Práticas: Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/08/Relatorio-Boas-Praticas-Criancas-e-Adolescentes.pdf>. Acesso em:

19.09.2022. RAMOS, André Tavares. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. UE. General Data Protection Regulation. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 19.09.2022. Sendo o que tínhamos para

expor sobre o assunto em específico, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos ou ajustes adicionais que se fizerem necessários.

Contribuinte: CARLA BENCKE

Número: OP-262691

Data: 24/10/2022 - 13:22

Resumo: :""Primeiramente, parabenizamos esta ilustre ANPD pelo excelente trabalho! As nossas contribuições são as seguintes: 1. Concordamos que o consentimento amplo e irrestrito para crianças e adolescentes tornará a hipótese de tratamento consentimento como algo "de fachada" e gerará prejuízos para os próprios menores. Isso já acontece em vários setores, como saúde e educação. Na área da saúde, inclusive, há situações em que o adolescente busca ajuda médica e não quer que o pais saibam. O médico já pode fazer a escolha de atendimento (e coletar dados) sem os pais, conforme situação prevista no art. 74 do Cód. de Ética Médica. Esse mesmo conflito foi abordado no caso Gillick v West Norfolk & Wisbech Area Health Authority do Reino Unido, julgamento que abordou sobre orientações médicas acerca da contracepção para menores e a necessidade ou não de ser exigida a presença dos pais, e que gerou o teste Gillick para definir se o menor possuiria discernimento para ser atendido sozinho. 2. Sabemos que este não foi o objeto específico do trabalho, mas a título de contribuição sugerimos que se for utilizado um marco etário para o consentimento obrigatório nos serviços da sociedade da informação, seja utilizada a idade de 12 anos, compatível com os arts. 3o e 4o do CC e o art. 2o do ECRID. 3. Finalmente, indicamos o artigo “Só atendo com o consentimento de um pai/responsável? A LGPD na saúde e o dilema do consentimento do menor” da Revista de Direito da Saúde Suplementar – RDSS, 5ª edição como sugestão bibliográfica. Também indicamos a leitura das recomendações da UNIDAS sobre a aplicação da LGPD na saúde suplementar disponível em: <https://intranet.unidas.org.br/storage/item/2022/08/recomendacao-lgpd-17075901.pdf>.

Contribuinte: Anderson Antonio Monteiro Mendes

Número: OP-263405

Data: 26/10/2022 - 07:56

Resumo: : "Ao interpretarmos o artigo 14, §1º da LGPD de acordo com a sua finalidade, com o contexto em que foi produzida a lei e ponderando o sistema jurídico como um todo, é necessário reconhecer que outras bases legais deverão ser aplicadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças pelos Controladores, sendo imperioso identificar no caso concreto qual hipótese (dentre as previstas no artigo 7º, quando do tratamento de dados “comuns”, e no artigo 11, de dados sensíveis) se aplica ao Tratamento desses menores, sempre sob o viés do melhor interesse deste grupo. Fundamentação: os direitos à proteção dos Dados Pessoais e à privacidade não são absolutos e devem ser interpretados em harmonia com todo o ordenamento jurídico, conforme demonstrado ao longo desta contribuição. Assim, para assegurar que outros direitos fundamentais das Crianças sejam concretizados, é imprescindível o reconhecimento de que outras bases legais poderão ser aplicadas. Nesse sentido, entende-se que os Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes poderão ser tratados pelo Controlador, caso exista o devido enquadramento em uma das bases legais legítimas previstas e indicadas no artigo 7º ou 11 da LGPD, uma vez que não se mostra lógico e nem racional pensar na necessidade de cumulação do consentimento com outras bases legais.

Contribuinte: FIESP - FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Número: OP-264045

Data: 27/10/2022 - 06:39

Resumo: "Em nome da ABECS - Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços, apresento a seguinte contribuição. REF.: TOMADA DE SUBSÍDIOS SOBRE PROPOSTA DE ENUNCIADO DE HIPÓTESES LEGAIS APLICÁVEIS AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES A Associação Brasileira das Empresas de Cartões de Crédito e Serviços - Abecs foi criada em 1971 e representa aproximadamente 96% o setor de meios eletrônicos de pagamento junto ao mercado, aos órgãos públicos e à sociedade. Atualmente, possui 91 associados, entre os quais empresas que atuam em toda a cadeia de valor do setor. Reúne os principais emissores de cartões, credenciadoras, bandeiras e processadoras, além de outras empresas que desenvolver outras atividades vinculadas ao setor, tais como fabricantes de cartões, chips, impressoras e terminais, fornecedores de soluções e plataformas para transações eletrônicas e de autoatendimento, e ainda representa as empresas que atuam como operadoras de pagamentos automáticos em pedágios. A Abecs gostaria de congratular a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD pelo processo de tomada de subsídios e respectivo Estudo Preliminar da ANPD sobre a proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, bem como encaminhar a V.Sas. os nossos comentários a respeito do tema. Como bem pontuado no Estudo Preliminar da ANPD, a principal controvérsia em relação ao tratamento de dados de crianças e adolescentes gira em torno da interpretação do art. 14, caput e parágrafo 1º., ambos da LGPD, acerca das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. O caput do art. 14 determina que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, trazendo o Estudo Preliminar importantes insumos evidenciando ser o princípio do melhor interesse um dos principais norteadores da proteção conferida a crianças e adolescentes pela LGPD. O parágrafo 1º. do referido artigo 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 pelo responsável legal. Não obstante, mencionado dispositivo suscita dúvida quanto à aplicabilidade das demais hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da mesma Lei, a esse tipo de tratamento. A exemplo, cita-se a realização de estudos por órgãos de pesquisa, execução de contrato, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro e interesse legítimo. Outro ponto trazido no Estudo Preliminar refere-se à natureza dos dados pessoais de crianças e adolescentes e ao fato de que há quem defenda que tais dados deveriam ser equiparados a dados pessoais sensíveis, de modo que se limitaria o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes às bases legais previstas no art. 11, da LGPD. Assim, a ANPD trouxe no Estudo Preliminar 3 (três) hipóteses possíveis de interpretação e uma proposta de enunciado. As hipóteses de interpretação são: (i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal, conforme art. 14, §1º da LGPD, como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e

(iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse. O enunciado proposto pela ANPD para consideração na tomada de subsídios em questão é o seguinte: “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei.” Destacamos, desde já, que a Abecs concorda com a interpretação dada pela ANPD no item “iii” acima e com o enunciado proposto, reconhecendo que todas as bases legais são aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o seu melhor interesse, considerando o caso concreto. De fato, a interpretação aqui aventada, evidenciada na proposta de enunciado, é a única que atende aos reais propósitos da LGPD ao conferir maior proteção e zelo no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, bem como compatibilizar as inúmeras implicações de sua aplicação, tanto do ponto de vista jurídico, quanto prático, trazendo maior segurança jurídica para todos os atores envolvidos. É certo que a LGPD, em seu artigo 14, não exclui a possibilidade de aplicação de outras hipóteses de tratamento de dados pessoais de crianças ou de adolescentes, além do consentimento, observado o seu melhor interesse. O art. 14, parágrafo 1º. traz requisitos específicos a serem observados no caso de a base legal aplicável ao caso concreto do tratamento de dados pessoais de crianças ser o consentimento, não sendo excludente da aplicação das demais bases legais. Importante ressaltar que há diversas atividades de tratamento de dados de crianças em que não é recomendável, ou mesmo possível, utilizar o consentimento como base legal, como é o caso, por exemplo, do cumprimento de obrigações legais e regulatórias. Restringir ao consentimento as diversas atividades de tratamento de dados pessoais de crianças, além de inviável, também iria de encontro ao disposto na própria LGPD, que traz a possibilidade de aplicação de diferentes bases legais, independentemente do tipo de titular de dados. Nessa linha, o próprio Estudo Preliminar trouxe também fundamentos e exemplos de que o consentimento como base legal única não seria a mais apropriada, ou mesmo condizente com o melhor interesse da criança e do adolescente, como aventado na hipótese interpretativa “i” do Estudo Preliminar. O mesmo racional se aplica no caso da hipótese interpretativa “ii”, que nos parece inadequada ao tentar equipar os dados pessoais de crianças e adolescentes a dados pessoais sensíveis. Como identificado no Estudo Preliminar, interpretação similar à sugerida pela ANPD havia sido também objeto da IX Jornada de Direito Civil, conforme o Enunciado 684, que reconhece que “o art. 14 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança”. Assim, a Abecs concorda com a interpretação adotada pela ANPD, bem como com a sugestão de enunciado interpretativo da forma como proposto. O enunciado, na medida em que orientará a interpretação deste tema pela ANPD e pelos agentes de tratamento, sanará importante insegurança jurídica que permeia a interpretação da possibilidade de aplicação de bases legais ao tratamento de crianças e adolescentes. Fazemos apenas uma ressalva com relação ao Estudo Preliminar para consideração da ANPD. Trata-se do trecho a seguir que constou como argumento contrário à aplicação da hipótese interpretativa “iii”: “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.” Entendemos o legítimo interesse do controlador e a proteção do crédito não colidiriam, naturalmente, ou seriam contrários ao melhor interesse da criança. Afinal, pode haver diversas situações em que a aplicação dessas bases legais é plenamente aderente ao melhor interesse da criança, lembrando que várias são as possibilidades práticas de aplicação do legítimo interesse e, também, da proteção ao crédito, inclusive que podem trazer maior segurança e beneficiá-la. De qualquer forma, a conclusão sobre a adequação da interpretação da hipótese “iii” pela ANPD e do enunciado proposto são apoiadas pela Abecs. Também concordamos com a abordagem da ANPD de concentrar o Estudo Preliminar, neste momento, à questão da aplicação de bases legais dada a complexidade de outros temas, como as relações entre a LGPD e a capacidade civil de crianças e adolescentes, bem como sobre as possíveis técnicas para verificação de que o consentimento, quando for aplicável, for dado pelo responsável da criança.

Contribuinte: Arthur Gomez Villar Maruca

Número: OP-264793

Data: 31/10/2022 - 13:47

Resumo: : "São Paulo, 18 de outubro de 2022. À AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (“ANPD”) Esplanada dos Ministérios, Bloco C, 2º andar Brasília - DF CEP: 70297-400 Ref.: Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes Prezados(as) senhores(as), O INSTITUTO UNIBANCO (“IU”), pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida Paulista, nº 2.073, Galeria "E", Conjunto Nacional, Horsa II – 7º e 8º Andares, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, é uma entidade que atua para a melhoria da educação pública no Brasil por meio da gestão educacional para o avanço contínuo. O IU apoia e desenvolve soluções de gestão para aumentar a eficiência do ensino nas escolas públicas. Além de resultados sustentáveis de aprendizagem, trabalha pela equidade no ensino, tanto entre as escolas, como no interior de cada uma delas, com base em quatro valores fundamentais: conectar ideias, acelerar transformações, valorizar a diversidade e ser fundamentado em evidências. No desenvolvimento dos seus projetos educacionais, e no âmbito das parcerias com as secretarias de educação, há tratamento de dados de crianças e adolescentes e por isso o IU tem interesse em contribuir com a tomada de subsídios sobre tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes aberta pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”). Nesta oportunidade, o IU vem apresentar os seus comentários à ANPD, oferecendo insumos para que a autoridade possa elaborar orientações com o intuito de conferir segurança jurídica aos agentes de tratamento no tema específico sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Portanto, para fins da presente tomada de subsídios, considerando as orientações dadas pela ANPD, a contribuição do IU será feita com base no Estudo Preliminar "Hipóteses Legais Aplicáveis ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes", documento disponibilizado pela ANPD em 08 de setembro de 2022. Instituto Unibanco Nubia Freitas S. Souza Data Protection Officer O Instituto

Unibanco e sua Atuação no Setor Educacional De início, é importante destacar a atuação do IU no âmbito de projetos ligados ao ensino de crianças e adolescentes no Brasil, situação que envolve o tratamento de dados pessoais desses titulares. O IU apoia ações e projetos em quatro frentes: (i) conceber, desenvolver, implementar e avaliar soluções para a gestão educacional; (ii) produzir e difundir conhecimento sobre essas soluções, com base em evidências empíricas e na investigação científica; (iii) apoiar iniciativas para vencer os desafios do Ensino Médio; e (iv) ocupar posições estratégicas e intensificar articulação junto aos principais atores e tomadores de decisão de políticas públicas na área da educação.

Dentre os diversos projetos do Instituto, cabe apontar o Programa Jovem de Futuro ("Programa"), principal iniciativa do IU que busca contribuir para a garantia da aprendizagem dos alunos do Ensino Médio e do Fundamental II, por meio de uma gestão educacional orientada para a melhoria contínua da educação pública. Realizado em parceria com as Secretarias Estaduais de Educação ("SEDUCS"), o Programa disponibiliza gratuitamente para as escolas e para as redes públicas de ensino metodologias e instrumentos que dão suporte ao trabalho de gestão educacional, sendo adotado por diversas redes estaduais. Com o passar do tempo, o Programa se consolidou junto às redes de escolas estaduais parceiras do Instituto, contribuindo para gerar resultados positivos de aprendizagem (principalmente em Língua Portuguesa e em Matemática), permanência dos estudantes no Ensino Médio, aumento do número de concluintes e diminuição das desigualdades. Até 2020, o Jovem de Futuro alcançou onze estados, e através de suas parcerias, beneficiou 4.718 estabelecimentos públicos de ensino e cerca de 4 milhões de estudantes. Nesse sentido, o Estudo Preliminar da ANPD e esta tomada de subsídios para a posterior elaboração de enunciado sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes é fundamental para garantir maior segurança jurídica aos projetos nacionais de fomento à educação pública e de qualidade.

Hipóteses Legais Aplicáveis ao Tratamento de Dados de Crianças e Adolescentes

A LGPD trouxe um dispositivo próprio para disciplinar o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Nos termos do art. 14, caput, da LGPD, "o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente". Ocorre que o § 1º do art. 14, ao estabelecer que o tratamento de dados de crianças deverá ser realizado "com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal", não menciona adolescentes. Já o § 3º do mesmo artigo prevê que a coleta de dados de crianças poderá ser realizada sem o consentimento referido no § 1º quando for necessário para contatar os pais ou responsável legal ou para a proteção da criança. Diante da redação dos parágrafos 1º e 3º do Art. 14 da LGPD, criou-se uma situação de insegurança jurídica em relação às hipóteses legais de tratamento de dados para menores de 18 anos. Inclusive, essa situação de indefinição em relação à base legal adequada para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes gerou questionamentos por parte de SEDUCs no âmbito da parceria com o IU, tendo impacto direto nos programas educacionais liderados pelo IU. Essa divergência ficou clara pelas diferentes correntes doutrinárias apresentadas no Estudo Preliminar. O Estudo apontou que existem três relevantes interpretações diferentes a respeito das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. São elas: (i) apenas o consentimento específico e destacado configura hipótese legal aplicável ao tratamento de

dados de crianças, à luz do Artigo 14, § 1º da LGPD; (ii) apenas as bases legais previstas no Artigo 11 da LGPD são aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, haja vista a equiparação dos requisitos do consentimento nos Artigos 11, I e 14, § 1º da LGPD; e (iii) todas as bases legais dos Artigos 7º e 11 da LGPD podem fundamentar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, desde que observado seu melhor interesse no caso concreto. Inadequação do Consentimento como base legal na execução de política pública obrigatória O IU concorda com o entendimento do Estudo Preliminar da ANPD, no sentido de que o tratamento de dados pessoais de crianças não deve ser condicionado à base legal do consentimento, com as únicas exceções possíveis sendo as do Artigo 14, § 3º da LGPD: (i) coleta necessária para contatar os pais ou o responsável legal; ou (ii) para proteção da criança. É importante observar, nesse ponto, que o consentimento nunca será considerado livre quando se tratar de uma política pública obrigatória. Como a característica do Artigo 14, § 1º da LGPD pressupõe a possibilidade de o pai ou o responsável legal recusar o tratamento, caso não haja essa opção o consentimento não será livre. Assim, quando o tratamento decorrer de uma obrigação legal, como nos casos de políticas públicas educacionais (e. g. realização de matrícula de uma criança na rede pública de ensino), não há espaço para os pais ou responsáveis legais simplesmente recusarem o tratamento, por se tratar de atividade ligada a obrigação legal. Além disso, como bem apontado pelo Estudo Preliminar, o consentimento pode muitas vezes ser incompatível com a doutrina do melhor interesse da criança. Se um pai impedisse seu filho de ir à escola, ao não fornecer seu consentimento para a coleta de dados relacionada à realização de matrícula, haveria violação ao melhor interesse da criança. Como a educação básica é obrigatória dos quatro aos dezessete anos de idade, não haveria espaço para a simples recusa baseada no consentimento dos pais ou dos responsáveis legais. Vale destacar que a Constituição da República prevê em seu Artigo 227 a proteção da criança e do adolescente como um dever da família, da sociedade e do Estado, de forma que todos devem zelar pelo melhor interesse desse grupo. Ao discorrer sobre a hipótese de tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, Miriam Wimmer, Diretora da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), esclarece que o consentimento não demonstra ser a base legal mais adequada: O consentimento é uma hipótese normalmente tratada com desconfiança no contexto do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, dado o desbalanceamento na relação entre cidadão e Poder Público e a consequente dificuldade de se caracterizar tal consentimento como livre. Sob uma perspectiva pragmática, a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo representa outro grande inconveniente para seu uso como base legal para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. A depender do caso, o embasamento de uma política pública estruturante no consentimento individual traria uma instabilidade incompatível com os objetivos buscados. Assim, entende-se que, em harmonia com o próprio princípio da legalidade, que limita a atuação do Estado àquelas competências que lhe são atribuídas pela lei, o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público deve, em regra, se dar ao abrigo de suas competências legais, ficando as demais hipóteses legais relegadas à condição de exceções. Ademais, Chiara De Teffé observa que o consentimento é apenas uma das bases legais previstas na LGPD. No que se refere ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, não se estabeleceram outras normas especiais, com novas possibilidades de tratamento, além do Artigo 14. Assim, manter-se-iam aplicáveis, como

regra, as disposições dos Arts. 7º e 11 da LGPD. Adoção do entendimento pela aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD (terceira interpretação) Embora o IU também entenda que a segunda interpretação avança em relação ao entendimento pela obrigatoriedade do consentimento, ela ainda apresenta limitações jurídicas em face da aplicação prática da LGPD. Por isso, o IU concorda que a terceira interpretação é mais adequada a uma interpretação sistemática da LGPD e a que melhor se adequa ao princípio do melhor interesse da criança. Mais especificamente, entendemos que a segunda linha interpretativa pode causar algumas distorções, sobretudo porque as bases legais do artigo 11 foram estruturadas para um tipo específico de dado e não para um tipo específico de titular. Disso decorre que tal interpretação pode causar situações que podem restringir ou criar obstáculos desproporcionais para diversas atividades corriqueiras de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. É importante destacar que durante a pandemia de Covid-19, a adoção de novas abordagens tecnológicas tornou-se essencial, como o ensino remoto, para assegurar a continuidade das atividades escolares durante o período de isolamento social. Essa situação excepcional envolveu ainda mais o tratamento de dados de crianças e adolescentes, inclusive com fundamento no interesse legítimo de escolas que assumem funções típicas de controladoras (e. g. garantia de medidas de segurança em plataformas de ensino online; criação de canais de interação na Internet com o titular; armazenamento de informações de estudantes em cloud; realização de campanhas de incentivo online; envio de comunicações; correção de avaliações por inteligência artificial; dentre outras). Sabe-se que algumas dessas novas abordagens continuarão a ser utilizadas mesmo com o término da pandemia, o que fortalece a preocupação jurídica de uma interpretação da LGPD que não exclua as bases legais do Artigo 7º da Lei para o tratamento de dados pessoais desses titulares. Ademais, a previsão de atendimento ao melhor interesse da criança reforça o entendimento de que a adoção de bases legais como a de interesse legítimo não corresponderia a um cheque em branco para os agentes de tratamento de dados pessoais. A possibilidade de fundamentar o tratamento de dados pessoais de crianças em alguma base legal do Artigo 7º da LGPD não traz por si só maiores riscos ou colisões com o princípio do melhor interesse. A própria Lei prevê, inclusive, proteções adicionais para os titulares de dados em caso de fundamento no interesse legítimo (Artigo 10, LGPD). Isso inclui: (i) a fundamentação do tratamento para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas; (ii) tratamento de apenas os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida; (iii) adoção de medidas para garantir a transparência do tratamento; (iv) além de, em alguns casos, a necessidade de se elaborar Relatórios de Impacto à Proteção de Dados (“RIPD”) Além disso, a terceira interpretação também está em sintonia com as mais recentes discussões na matéria, haja vista que o Enunciado 684 da IX Jornada de Direito Civil estabeleceu que “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”. Por esses motivos, o IU manifesta-se favoravelmente pela edição do enunciado sugerido pela ANPD, estabelecendo que: “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput

do art. 14 da Lei.” Cumprimos a ANPD pela iniciativa de colher subsídios e receber contribuições da sociedade em relação a um tema que impacta diretamente a educação básica no Brasil. Dessa forma, representantes de diferentes áreas de atuação, e nesse caso, o IU como um ator na área da educação pública, podem demonstrar com base na sua experiência a importância de haver um entendimento claro sobre o assunto, trazendo maior segurança jurídica para os projetos na área da educação. * * *

Contribuinte: Gabrielle Coelho Vieira Cavalheiro

Número: OP-266584

Data: 03/11/2022 - 12:19

Resumo: "Em resposta à tomada de subsídios, pela qual a ANPD busca receber contribuições acerca de estudo preliminar SEI nº 3615243 e da proposta de enunciado referentes ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (respectivamente, “Tomada de Subsídios”, “Estudo Preliminar” e “Enunciado”), a Federação Brasileira de Bancos (“FEBRABAN”), principal entidade representativa do setor bancário brasileiro, apresenta as seguintes considerações: 1. O Enunciado a ser expedido pela ANPD mostra-se adequado em relação ao tema tratamento de dados de crianças e adolescentes, posto que reconhece, além do consentimento dos pais ou do responsável legal, a possibilidade de aplicação das demais bases legais existentes nos artigos 7º ou 11 da LGPD, o que: (i) reforça a inexistência de hierarquia ou prevalência entre as bases de tratamento contidas na LGPD; e (ii) destaca a preponderância da atuação dos agentes de tratamento no melhor interesse da criança e do adolescente, aferido em cada caso concreto. 2. Nesse contexto, o Estudo Preliminar, após apresentar as três possíveis linhas interpretativas, sumarizadas no item 27 e 78, sopesou bem, na visão da FEBRABAN, prós e contras de hipóteses interpretativas em constante debate e concluiu acertadamente pela possibilidade de aplicação das bases legais previstas nos artigos 7º ou 11 da LGPD para tratamento de dados de crianças e adolescentes, avaliado, no caso concreto, seu melhor interesse (“Hipótese 3”). 3. Esta visão é fundamental, pois não apresenta as mesmas restrições ou limitações identificadas nas outras hipóteses interpretativas quanto à: (i) aplicação do consentimento como única hipótese legal no tratamento de dados pessoais de crianças (Hipótese 1); e (ii) exclusiva previsão das hipóteses legais aplicáveis aos dados sensíveis, contidas no artigo 11 da LGPD, para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (Hipótese 2). 4. Em respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente, nos termos do artigo 14 da LGPD, é fundamental considerar as demais bases legais, sem qualquer prevalência ou hierarquia entre elas, haja vista que, no caso concreto, o consentimento dos pais ou do responsável legal pode não ser necessariamente aquele que expressa o melhor interesse da criança e do adolescente. Ademais, o consentimento não pode ser uma base legal que se impõe quando outra, por ser mais adequada ou mesmo por força de lei, prevalecer em decorrência de exigências ou especificidades do caso concreto, tal como o cumprimento de obrigações legais e/ou regulatórias, a proteção à vida e à incolumidade física ou o exercício regular de um direito, por exemplo. 5. Ainda, tratar todo e qualquer dado pessoal de criança e adolescente

como dado sensível é trazer à leitura e à aplicação da LGPD um conteúdo que ela mesma não trouxe em sua literalidade; não se justifica transpor a leitura de proteção de dados sensíveis, a qual em nada se confunde com o melhor interesse da criança e do adolescente. São critérios complementares e distintos: um de natureza objetiva -do dado pessoal-; outro, de natureza subjetiva – do titular do dado pessoal. 6. O Enunciado é acertado e se alinha com o recente enunciado 684 da IX Jornada de Direito Civil, de 19 e 20 de maio de 2022, do Conselho da Justiça Federal (CJF), a saber: "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", o que aumenta a segurança jurídica e mitiga os efeitos negativos decorrentes da divergência de sua interpretação e aplicação nas searas administrativa e judicial. 7. Sem prejuízo ao nosso apoio ao Enunciado, ressalvam-se apenas alguns argumentos trazidos junto à Hipótese 3, os quais, para fins meramente argumentativos, apresentaram-se de forma potencialmente restritiva à aplicação das hipóteses de tratamento do legítimo interesse do controlador e da proteção do crédito. Não se pode pressupor que tais bases legais, por si só, sejam contrárias ao melhor interesse da criança, assim como não se pode pressupor ou impedir a aplicação de qualquer outra base legal em abstrato. O próprio Estudo Preliminar manifestou opinião similar, no item 66, ao explicar que: "a tentativa de amenizar os riscos no tratamento de dados de crianças e adolescentes por meio do impedimento, a priori e abstratamente, do uso de determinadas hipóteses legais, tais como as de execução de contrato, legítimo interesse e proteção ao crédito, poderá inviabilizar casos específicos de tratamento de dados pessoais que sejam realizados no melhor interesse da criança e do adolescente". 8. Por tudo exposto, a FEBRABAN manifesta-se favoravelmente ao conteúdo do Enunciado, ao tempo que aproveita para trazer algumas ressalvas quanto a alguns argumentos do Estudo Preliminar, trazidos junto à Hipótese 3, de modo que não haja restrição apriorística e abstrata da aplicação de algumas bases legais para fins de privilegiar, de forma pressuposta, o melhor interesse da criança e do adolescente. 9.

Finalmente, aproveitamos para parabenizar a ANPD pelo Estudo Preliminar realizado, bem como pela solução equilibrada e assertiva proposta no Enunciado. Espera-se que este posicionamento possa contribuir positivamente com esta Tomada de Subsídios e se permanece à disposição para quaisquer esclarecimentos necessários. Atenciosamente,
FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS

Contribuinte: Roberta Gaspar Buso

Número: OP-269852

Data: 04/11/2022 - 16:45

Resumo: "A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INTERNET – ABRANET ora denominada “Abranet”, vêm, respeitosamente, à presença da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), apresentar suas contribuições à tomada de subsídios referente ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. A Associação aproveita a ocasião para reiterar os cumprimentos à ANPD pela elevada qualidade técnica do Estudo Preliminar divulgado, deixando expresso, desde já, a sua concordância com a sua conclusão de que a terceira

interpretação reflete melhor os objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e com a edição do enunciado proposto, com base nas considerações gerais expostas a seguir.

SUMÁRIO EXECUTIVO

a) Tal como demonstrado no estudo preliminar, deve prevalecer a terceira interpretação que permite o uso de todas as hipóteses legais do art. 7º (dados pessoais) e 11 (dados pessoais sensíveis), no tratamento de crianças e, de forma ainda mais óbvia, de adolescentes, de acordo com a finalidade do tratamento e conforme o melhor interesse; b) A interpretação que defende a equiparação dos dados pessoais de crianças e adolescentes a dados sensíveis (art. 11 da LGPD) não tem respaldo legal, uma vez que a definição de dados sensíveis trazida na LGPD não abarcou categorias de titulares em seu rol, como crianças e adolescentes; c) O consentimento não pode ser considerado a principal base legal para tratamento de dados de crianças, já que não existe hierarquia entre as hipóteses do art. 7º e 11. Por isso, em interpretação sistemática da LGPD, recomenda-se que se afaste a interpretação literal dos 1 e 3 do art. 14. Reforça-se, ainda, a insuficiência do consentimento para abarcar todas as operações de tratamento de dados de crianças, conforme o princípio do melhor interesse e o método de interpretação sistemática da LGPD; d) Ao interpretar o conceito de consentimento estabelecido nos 1 e 5 do art. 14, sugere-se que a ANPD leve em consideração a definição de Verify Parental Consent e actual knowledge do COPPA e o escopo do que configura esforços razoáveis na coleta, de modo que agentes de tratamento não tenham que proativamente verificar a veracidade da idade informada pelo usuário na internet, nem deduzí-la; e) Em relação ao princípio do melhor interesse, também há referências internacionais no tema, principalmente do Information Commissioner's Office do Reino Unido. Em um mundo cada vez mais digital, crianças e adolescentes devem ter sua liberdade de expressão, identidade e privacidade digitais e autonomia respeitadas, o que envolve o acesso a meios digitais, sendo que a análise do melhor interesse se dá caso a caso.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o referido estudo preliminar, são identificadas três possíveis interpretações sobre o art. 14 da LGPD, que disciplina o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, quais sejam:

1) A interpretação da literalidade da lei, sem dialogar de forma sistemática com os demais dispositivos legais, segundo a qual a aplicação do consentimento (§1º do art. 14 da LGPD) seria a única hipótese legal cabível ao tratamento de dados de crianças. Tal limitação não atende ao melhor interesse da criança, pois pode haver tratamentos baseado, por exemplo, na proteção à vida que não poderia ocorrer caso vigore essa limitação. Importante lembrar que esta hipótese restritiva não se aplicaria a tratamentos de dados de adolescentes;

2) A interpretação que defende, sem que haja fundamento legal para tal analogia, a equiparação dos dados pessoais de crianças e adolescentes a dados sensíveis (art. 11 da LGPD), de modo que este dispositivo seria a base legal cabível ao tratamento de dados desses sujeitos. Todavia, essa interpretação não tem respaldo legal, uma vez que a definição de dados sensíveis trazida na LGPD não abarcou categorias de titulares em seu rol, como crianças e adolescentes. Limitar o tratamento de quaisquer dados de crianças e adolescentes às hipóteses de tratamento de dados sensíveis conflita com seu melhor interesse. Por exemplo, quando houver um tratamento baseado em proteção ao crédito ou execução de contrato (uso de meio de transporte pela criança ou adolescente)

3) Por fim, a interpretação que está em conformidade com a LGPD, sustentando que todas as bases legais

são aplicáveis aos tratamentos de dados de crianças e adolescentes. Assim, todas as hipóteses previstas nos art. 7º e 11 poderiam ser utilizadas, desde que haja melhor interesse dessa categoria de titulares. Nesse contexto mais geral, a Abranet se aprofunda na argumentação do que, em nossa visão, contribui para a ANPD e para sustentar o apoio à terceira interpretação. II – CONSENTIMENTO NO TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS

Dentre os métodos de interpretação possíveis, a modalidade de interpretação literal é, com frequência, questionada na hermenêutica jurídica, pela sua simplicidade e riscos de distorções baseadas na letra “fria” da lei. Nesse contexto, a Abranet entende ser limitado interpretar o §1º do art. 14 como uma exigência de tratamento de dados de crianças que sempre depende de consentimento específico e destacado de ao menos um dos responsáveis legais. Apesar da importância do consentimento, em se tratando de categoria de titulares que demandam especial atenção no tratamento de dados, ele é insuficiente para abarcar todas as operações de tratamento de dados de crianças, conforme o princípio do melhor interesse e o método de interpretação sistemática da LGPD. Ademais, a LGPD não estabeleceu hierarquia entre as bases legais, de modo que o consentimento não pode ser exigido como principal base legal, já que a escolha da base legal dependerá da finalidade do tratamento. Ainda, as discussões mais recentes em proteção de dados abordam, justamente, o uso excessivo do consentimento, não sendo razoável apoiar todo tratamento de dados de criança no consentimento. Nesse contexto, citam-se a seguir possibilidades de usos das demais bases legais em tratamento de dados de criança em situações corriqueiras ou nas quais o interesse da criança prevaleça. Por exemplo, o cumprimento de obrigações regulatórias (como a emissão de notas fiscais em caso de compras feitas por crianças), legítimo interesse (prevenção à fraude digital em usuário da internet que seja criança) e a proteção da vida (como no caso de um atendimento emergencial em um hospital, que exija tratamento de dados além da literalidade do §3º do art. 14). Desse modo, o §3º do art. 14 também não deve ser interpretado de forma literal. No caso de tratamentos baseados na proteção da vida, é possível que seja necessário um tratamento de dados de criança, que vá além da utilização por uma única vez e sem armazenamento. Em linha com o que foi dito acima, a criança pode demandar um tratamento emergencial mais longo ou ser transferida de hospital, exigindo o compartilhamento de dados, sem a presença ou consentimento do responsável legal. Mais uma vez, não se deve limitar o uso das bases legais no tratamento de dados de crianças do art. 7º e 11 ao consentimento, nem restringir como exceção ao consentimento a hipótese do §3º do art. 14. Ultrapassados esses pontos, no princípio da eventualidade, é importante lembrar que os §1º e §3º art. 14 não abarcam os adolescentes, logo, conclui-se que, para eles, é admitido o tratamento de dados fundamentado em hipóteses legais diversas do consentimento parental, ainda que o método interpretativo da LGPD eventualmente utilizado seja o literal. Tal interpretação encontra respaldo em diversas legislações de proteção de dados em outras jurisdições, que foram, inclusive, adotadas como referência para a elaboração da LGPD. Nesse sentido, o Guia para o Regulamento Geral de Proteção de Dados do Reino Unido, em sua seção destinada ao tratamento de dados de crianças, autoriza o tratamento de dados de crianças e adolescentes fundamentado em qualquer uma das hipóteses previstas no art. 6º do Regulamento. Além das limitações à interpretação literal exposta e da insuficiência no uso do consentimento, passa-se, agora, à delimitação do escopo do consentimento, no caso de tratamento de dados de crianças.

Novamente a experiência internacional pode trazer importantes lições. O Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) dos EUA explica o que configura Verify Parental Consent (VPC) e pode inspirar a interpretação do que é de fato consentimento específico e destacado dos pais ou responsáveis legais da LGPD, inclusive no que tange ao §5º do art. 14 da LGPD. Ambos os conceitos envolvem o emprego, por parte do agente de tratamento, de esforços razoáveis para verificar que o responsável legal consentiu com o tratamento em questão. No entanto, a razoabilidade referida no dispositivo nacional e internacional não englobaria esforços, por exemplo, direcionados à verificação da veracidade da idade informada pelo usuário ou à sua dedução. Nesse sentido, COPPA ilustra o que é considerado “esforços razoáveis”, que pode servir de inspiração para a interpretação da LGPD. Estabelece como exemplo que, quando uma criança compra em site, o estabelecimento que coloca como exigência que o meio de pagamento utilizado na transação pertença ao responsável legal, já realizou esforços razoáveis de coleta do consentimento parental. Dessa forma, com a exigência de que o cartão de crédito, por exemplo, seja do pai ou da mãe, é possível garantir a ciência deles a respeito da compra realizada e, portanto, presumir seu consentimento parental verificado. Outro exemplo de esforço razoável se refere a situações em que há alguma espécie de alerta ou denúncia por terceiro de que determinado usuário, na verdade, se trata de uma criança sem consentimento parental verificado ou de que o consentimento anteriormente recebido fora fraudado. Nesses casos, o agente de tratamento passa a ter o chamado actual knowledge e deve, de imediato interromper o tratamento com base no consentimento, por exemplo, cancelando a conta ou submetendo a continuidade do tratamento à coleta do consentimento parental verificado. Como referência prática nacional de consentimento parental verificado, vale citar a regra do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br) que estabeleceu um mecanismo de triagem de crianças e adolescentes. Isso ocorre por meio de um banner surgido antes da liberação do acesso a determinado portal, em que o usuário deve confirmar sua idade. Dessa forma, a depender da resposta, ele será direcionado a outra página em que o acesso ao conteúdo se dará mediante a coleta do consentimento parental. Em linhas gerais, a argumentação das Associações subscritas sobre o conceito do consentimento parental verificado busca afastar a ideia da verificação da veracidade da idade informada pelo usuário, por um lado, e, por outro, instituir a noção do que se considera esforços razoáveis e de que a responsabilidade da plataforma se inicia a partir do chamado actual knowledge.

III – DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE

Como já explicado, a Abranet defende a utilização pela ANPD da terceira interpretação no referido estudo publicado. Nesse sentido, os agentes de tratamento podem tratar dados de criança e adolescente com base em todas as hipóteses do arts. 7º para dados pessoais e do art. 11º para dados pessoais sensíveis, sempre respeitando ao princípio do melhor interesse. Dito isso, cabe uma breve reflexão também sobre no que de fato consiste no referido melhor interesse da criança. A Constituição Federal, em seu art. 227, apesar de não fazer menção expressa à noção de melhor interesse, ao estabelecer os deveres do Estado, da família e da sociedade para com as crianças e adolescentes dá uma boa noção sobre sua abrangência, prevendo direitos à vida, saúde, educação, cultura, dignidade, dentre outros. Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao reafirmar a ideia de que é dever de toda a sociedade com absoluta prioridade a chamada proteção integral aos menores de idade em seu art. 4º,

contribuiu seriamente para a delimitação da noção do melhor interesse, A Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU) – ratificada pelo Brasil em 1990, faz menção expressa ao melhor interesse, sem, no entanto, defini-lo. Tal tarefa coube, no plano supranacional, ao Comentário Geral nº 14/2013 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, segundo o qual há três dimensões ao referido princípio: a) Um direito substantivo: o direito das crianças a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será aplicado sempre que se tenha de tomar uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral. b) Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo: se uma disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efetivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança (...). c) Uma regra processual: sempre que é tomada uma decisão que afeta uma determinada criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral, o processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) da decisão sobre a criança ou das crianças envolvidas (...). Outra referência internacional no tema é o Código do Information Commissioner's Office do Reino Unido que busca definir, no contexto do general Data Protection Regulation, os parâmetros baseados no melhor interesse a serem seguidos por desenvolvedores e operadores de aplicações online. De acordo com ele, as principais balizas são o respeito à segurança, saúde, bem-estar, relações familiares, desenvolvimento físico, psicológico e emocional, identidade, liberdade de expressão, privacidade e autonomia cognitiva das crianças. Sendo assim, é possível dizer que o princípio do melhor interesse da criança é fluido e depende do contexto em que é aplicado. Isso ganha ainda mais peso quando considerada a aplicação de tal princípio no ambiente digital. Nesse cenário, de acordo com a pesquisa TIC Kids Online - 2019, realizada pelo Nic.br, 68% dos indivíduos de 9 a 17 anos possuía, à época, perfis nas redes sociais, e que uma média de 60% tinha permissão para praticar a maioria das atividades online sem o acompanhamento de um adulto ou adulta. Isso mostra que há uma forte presença de crianças e adolescentes nos meios digitais e, em linha com a autonomia cognitiva e liberdade de expressão, permitir esse acesso está de acordo com o princípio do melhor interesse, podendo ser utilizadas todas as bases legais nesses tratamentos pela LGPD, em conformidade com a sua finalidade. IV – CONCLUSÃO Por fim, a Abranet novamente reforça a defesa da terceira interpretação do estudo preliminar e da publicação do enunciado do referido estudo, enaltece a iniciativa, e coloca-se plenamente à disposição para quaisquer esclarecimentos. Atenciosamente, ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INTERNET – ABRANET

Contribuinte: Dhaniel Poletto Cavassana

Número: OP-270432

Data: 07/11/2022 - 07:42

Resumo: "O movimento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados de propor-se a regulamentar a matéria 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 vê mais detalhadamente na contribuição completa (encaminhada por e-mail à Autoridade), 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 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, a contribuição completa 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.

Contribuinte: Marina Silva Meira

Número: OP-271042

Data: 07/11/2022 - 08:43

Resumo: "Organização contribuinte: CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA (CIEE) CNPJ da organização contribuinte: 61.600.839/0001-55 Posicionamento: o CIEE concorda com o enunciado proposto pela ANPD e sugere a sua complementação para que conste expressamente a previsão de que o consentimento previsto no artigo 14, §1º da LGPD poderá ser utilizado para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças desde que essa seja (i) a hipótese legal mais apropriada ao caso concreto atribuída pelo Agente de Tratamento; e (ii) de acordo com o melhor interesse. Objetivo da contribuição: apresentar (i) uma sugestão de complementação à redação do enunciado; e (ii) teses que reforçam a interpretação adotada pela ANPD quanto às bases legais aplicáveis ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. Sumário executivo: as seguintes premissas e conclusões foram consideradas para elaboração da presente contribuição: a. o consentimento (decisão individual) não é suficiente para garantir a proteção efetiva do indivíduo, o que provocou evolução da legislação de proteção de Dados Pessoais para incorporar outras hipóteses autorizativas (além do consentimento), assim como outros mecanismos interligados (como princípios, garantia de direitos e criação de autoridades de supervisão e fiscalização); b. o legislador utilizou leis internacionais como parâmetro para concepção do artigo 14 da LGPD, e que consideravam o consentimento como única base legal possível em razão da atividade on-line de Crianças e Adolescentes, e, portanto, não seriam adequados no contexto de uma norma geral de proteção de Dados Pessoais, que tem aplicabilidade o tanto para Dados Pessoais em formato digital como para Dados Pessoais físicos; c. o caput do artigo 14 da LGPD prevê que o Tratamento de Dados Pessoais deve ocorrer sempre no melhor interesse das Crianças e dos Adolescentes. Nesse contexto, entender que o consentimento seria a única base legal cabível pode acarretar as seguintes consequências: (i) conflito entre melhor interesse da Criança e do Adolescente e o interesse dos pais ou responsável legal; (ii) maior hierarquia do consentimento em face das demais bases legais; e (iii) desconsiderar hipóteses que protegem interesses coletivos (cumprimento de leis, exercício de direitos etc.), o que provoca insegurança jurídica quanto ao Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes; d. o melhor interesse da Criança e do Adolescente deve ser analisado no caso concreto (direito fundamental, princípio jurídico interpretativo e regra de procedimento), inclusive para definição da base legal mais apropriada a determinado Tratamento de Dados Pessoais; e. o consentimento como única base legal pode violar o melhor interesse da Criança ou do Adolescente; f. os métodos de interpretação teleológico, histórico e lógico-sistêmico permitem sustentar a aplicação de outras bases legais além do consentimento, notadamente considerando a intenção protetiva do legislador, as referências anteriores sobre melhor interesse e a interpretação sistêmica no ordenamento jurídico brasileiro; g. há diversas

situações práticas de implementação da LGPD nas quais é possível identificar a viabilidade de utilização de outras bases legais e, também, de inaplicabilidade do consentimento, em especial, em razão dos vícios desse consentimento ou de impossibilidade de garantia dos direitos de revogação e/ou eliminação dos Dados Pessoais; h. há referências internacionais robustas quanto à possibilidade de utilização de outras bases legais no Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, bem como quanto a orientações práticas de proteção em contextos específicos; e i. há diversas medidas que devem ser adotadas pelos Agentes de Tratamento que visam garantir a proteção das Crianças e dos Adolescentes no âmbito do Tratamento de seus Dados Pessoais e que não dependem diretamente do uso do consentimento enquanto base legal, mas sim, são decorrentes da observância de disposições previstas não apenas na LGPD, como também em regulamentações setoriais específicas.

PARTE 1: Introdução O Tratamento de Dados Pessoais de menores de idade em conformidade com a LGPD, especialmente de Adolescentes, é tema ao qual o CIEE atribui fundamental importância no desenvolvimento de suas atividades. Desde sua fundação, há mais de 50 anos, o objetivo do CIEE é promover a capacitação profissional de jovens. Tradicionalmente, sua atividade envolve Programas de Estágio, passando, posteriormente, a abarcar, também, Programas de Aprendizagem. A Constituição Federal, no seu art. 7º, XXXIII, preceitua que é proibido trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. Já os arts. 205 e 206, IX estabelecem o direito de desenvolvimento pleno da pessoa por meio da educação, incluindo a qualificação para o trabalho e a garantia de aprendizagem ao longo da vida. Finalmente, o art. 227 determina como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à Criança, ao Adolescente e ao jovem, dentre outros, o direito à profissionalização, sendo de 14 anos a idade mínima para admissão ao trabalho, garantidos os direitos trabalhistas e previdenciários correspondentes (§ 3º, I e II). A partir do comando constitucional – refletido nos arts. 3º, parágrafo único, e 60 a 68 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – as Leis nº 10.097/2000 (que alterou a CLT quanto ao regramento dos Programas de Aprendizagem) e nº 11.788/2008 (Lei do Estágio) regulamentam o trabalho dos Adolescentes. Por um lado, o Estágio, que pode ser realizado por indivíduos a partir dos 16 anos de idade, é o “ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos” (art. 1º, Lei do Estágio). Por outro, o contrato de Aprendizagem é definido como “o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação” (art. 428 da CLT, alterado pela Lei do Programa de Aprendizagem). Sendo assim, o que se percebe é que a atuação do CIEE é precipuamente voltada a jovens profissionais, muitas das vezes menores de idade (Adolescentes), visando a concretização de normas constitucionais e infraconstitucionais

relacionadas a direito fundamental desses indivíduos. E sua participação no setor é significativa, na medida em que conta, atualmente, com cerca de 62 mil jovens aprendizes ativos nos seus programas de aprendizagem (cerca de 25% de todos os jovens aprendizes no Brasil, conforme dados do CAGED), sem contar os programas de estágio, disseminados pelas regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste do Brasil. O CIEE atua, também, em paralelo, por meio de ações voltadas à promoção do conhecimento e fortalecimento de vínculos com populações vulneráveis, priorizando a formação de cidadãos autônomos. Feita essa introdução, o que se percebe é que o CIEE possui relevante atuação que envolve o Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes. Contudo, por isso mesmo, possui, também, expertise prática única quanto à avaliação e atendimento do melhor interesse na concretização de atividades visando o melhor interesse de menores de idade, em linha com o regramento protetivo estabelecido para este grupo de indivíduos e ao que preceitua o art. 14 da LGPD. Assim, o que busca demonstrar a seguir, é que (i) além do equilíbrio que deve haver entre a atuação de Agentes de Tratamento e a proteção de Titulares de Dados Pessoais, (ii) o melhor interesse da Criança e do Adolescente nem sempre depende – ou sequer pode ser garantido – apenas mediante a imposição de uso do consentimento enquanto base legal para Tratamento de Dados Pessoais. Em outras palavras, existem diversas atividades de Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes que não podem ser dependentes do consentimento enquanto hipótese legal, pois podem decorrer de obrigações legais ou regulamentação aplicável, execução de contratos (como é o caso de Contratos de Estágio ou de Aprendizagem), legítimo interesse (como para envio de comunicações sobre vagas e estágios), dentre outros. Por outro, para que o melhor interesse seja efetivado, é fundamental que se observe a questão a partir de uma visão holística e integrada com o espírito legislativo e o ordenamento jurídico existente, evitando distorções oriundas do consentimento que podem, em última instância, possuir um efeito reverso sobre Crianças e Adolescentes.

PARTE 2: Sugestão de complementação do enunciado “O Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei. Caso seja a base legal mais apropriada no caso concreto, observado o melhor interesse da Criança, o Agente de Tratamento deverá coletar o consentimento nos termos do art. 14, §1º, LGPD.” Por que a complementação é relevante? A complementação da redação do enunciado da forma sugerida é relevante para esclarecer que o consentimento do art. 14, §1º, da LGPD (i) se aplica ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e não de Adolescentes (conforme pontuado no parágrafo 70 do estudo preliminar da ANPD); e (ii) deve ser aplicável apenas quando mais apropriado no caso concreto e observado o melhor interesse. PARTE 3: Teses que reforçam o enunciado proposto pela ANPD, bem como o apoio do CIEE ao entendimento da Autoridade PREMISSA A importância das demais bases legais, como alternativa ao consentimento como única hipótese autorizadora para Tratamento de Dados Pessoais, para garantia de uma proteção de dados efetiva às Crianças e aos Adolescentes. A questão central que justificou a presente tomada de subsídios pela ANPD, e que gerou vários questionamentos por parte da doutrina, é a interpretação do §1º do artigo 14 de forma literal, isto é, entender o consentimento como única base legal cabível para o

Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. Essa interpretação sugere que o consentimento seria a base legal mais segura, e, portanto, deveria se reconhecer uma espécie de prevalência sobre as demais. Contudo, esse entendimento não merece prosperar. Primeiro, porque nem sempre o consentimento é a base legal que garante maior proteção para um Titular. Depois, porque o melhor interesse da Criança e do Adolescente, requisito do caput do artigo 14, não está necessariamente à mercê da vontade dos pais ou seu representante legal. A base legal é uma hipótese prevista em lei que autoriza um Agente de Tratamento a realizar uma atividade de Tratamento com Dados Pessoais. Logo, considerando que a LGPD prevê várias hipóteses autorizativas, é importante afastar o entendimento de que o consentimento seria a única válida para justificar o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes. Para tanto, cabe revisitar rapidamente a evolução da legislação de proteção de Dados Pessoais, com objetivo de demonstrar a construção do racional que indica a necessidade de alternativas ao consentimento. Sobre essa evolução histórica, temos os seguintes comentários [1]:

a) Primeira Geração (1970 a 1977): as leis da primeira geração regulamentavam a coleta e gestão de Dados Pessoais em larga escala e o seu controle pelo Estado (Governo). Em outras palavras, optou-se por controlar a criação desses bancos de dados a partir da concessão de autorização para o seu funcionamento; o Estado licenciava o funcionamento de todos os bancos de dados;[2][3]

b) Segunda Geração (1978): as leis de proteção de Dados Pessoais passaram a se preocupar com a esfera privada, para além das bases de dados estatais. Nesse contexto, o cidadão passou a ser o centro da legislação, bem como a exercer ingerência estabelecendo suas escolhas, por meio do consentimento;

c) Terceira Geração (1980): as leis da terceira geração refletem uma amplitude do papel de protagonismo do indivíduo na proteção de Dados Pessoais. Além do consentimento, esse grupo de legislação passou a abranger mais do que a liberdade de fornecer Dados Pessoais, mas também garantir a efetividade dessa escolha. Procuraram assegurar a participação do indivíduo sobre todos os movimentos dos seus Dados Pessoais da coleta ao compartilhamento. Foi exatamente nessa geração que a autodeterminação informativa surgiu como extensão das liberdades presentes nas leis da segunda geração, pelo Tribunal Constitucional Alemão. O conceito de autodeterminação informativa reforça a ideia de que os indivíduos têm direito de “decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus Dados Pessoais podem ser utilizados” [4][5];

d) Quarta Geração: essa geração das legislações mais modernas de proteção de Dados Pessoais foi construída a partir da dificuldade de se buscar tutela apenas na vontade individual da pessoa, inclusive, reconhece a necessidade de redução do papel dessa decisão do indivíduo. Assim, a estratégia protetiva desse grupo de leis demanda a mais alta proteção, a qual não pode ser conferida exclusivamente a uma decisão individual. Essa geração de leis reconhece que o indivíduo nem sempre tem condições de saber quando o Tratamento dos seus Dados Pessoais é importante, seja porque haverá interesses coletivos que superam a sua vontade individual, seja porque cada indivíduo tem um limite de conhecimento e/ou condições econômicas que o torna capaz de conceder um consentimento efetivamente livre [6][7]. A LGPD faz parte dessa Quarta Geração de leis de proteção de Dados Pessoais, e, nesse contexto, traz uma série de proteções além da restrição ao Tratamento de Dados Pessoais através do consentimento. Senão vejamos:

a) princípios (artigo 6º da LGPD): regras/obrigações que o Agente de

Tratamento deve cumprir (por exemplo: evitar Tratamento em excesso, dar transparência ao Titular, implementar ferramentas e processos de segurança da informação, gerar evidência das medidas de proteção efetivamente implementadas etc.); e b) bases legais diversas do consentimento (artigos 7º e 11 da LGPD): além do consentimento, a LGPD prevê um conjunto com hipóteses diversas de Tratamento de Dados Pessoais, que refletem situações na qual o consentimento não é cabível. Temos como exemplo: (i) atividades de Tratamento para cumprir uma lei, cumprir políticas públicas, ou garantir o exercício de um direito, cumprir um contrato válido (todos aplicáveis no âmbito do Estágio e da Aprendizagem), proteção (prevalece o interesse público sobre o Titular); (ii) ou para proteção à vida ou à incolumidade física da pessoa, ou tutela da saúde (quando garantir o melhor interesse do indivíduo já está contido na hipótese autorizadora da lei), bem como circunstâncias que podem ser analisadas de forma casuística, (iii) como para proteção ao crédito (investigação de fraudes ou análise de crédito para disponibilização de recursos para acesso da Criança à educação) e (iv) para fins de legítimo interesse do Controlador (contratação de seguro pelo CIEE ou pela organização que receberá o estagiário ou aprendiz, cujo beneficiário são os Adolescentes atendidos); c) direitos específicos para os Titulares (artigos 18 e seguintes da LGPD): o Titular pode pedir acesso aos Dados Pessoais, opor-se ao Tratamento ou mesmo informar a ANPD de que o Agente de Tratamento não está cumprindo com as regras, ou seja, é capaz de realizar fiscalização ativa, mesmo quando não autoriza o Tratamento de seus Dados Pessoais; e d) uma autoridade independente para fiscalizar o cumprimento da LGPD: há previsão de criação e funcionamento da ANPD, que deverá atuar de maneira independente, com objetivo de fiscalizar e garantir o cumprimento da Lei, inclusive mediante aplicação de penalidades. Diante de todo esse contexto de proteção, reduzir a possibilidade de Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes apenas ao consentimento vai na contramão das legislações modernas de proteção de Dados Pessoais, e ainda os expõe a Tratamento de Dados Pessoais menos seguro, pois admite que todos os pais ou responsáveis pelas Crianças tem conhecimento e condições econômicas de garantir a sua melhor proteção, ignorando toda a estrutura protetiva criada pela lei e a realidade muitas vezes enfrentada, como é o caso, nos contextos de Estágio e Aprendizagem. Além disso, abre margem para que nem sempre o melhor interesse da Criança e do Adolescente (inclusive sob aspecto social, isto é, melhor interesse de uma maneira mais ampla) seja respeitado, como demonstrado no item b acima (quando comentamos sobre as bases legais da LGPD). Assim, passamos a apresentar de forma pormenorizada argumentos que sustentam a possibilidade de aplicação de outras bases legais que não o consentimento apenas, tomando como fundamento contexto histórico apresentado o qual demonstra que privilegiar o consentimento em detrimento de outras bases legais não é o caminho mais efetivo para a proteção mais elevada dos Titulares, especialmente das Crianças e Adolescentes. ARGUMENTOS 1) Para além da eleição de uma base legal apropriada ao caso concreto e a observância do melhor interesse, há uma série de medidas que devem ser adotadas pelos Agentes de Tratamento que visam a garantir a proteção das Crianças no âmbito do Tratamento de Dados Pessoais. Fundamentação: A fim de que o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes seja considerado legítimo, para além da eleição de uma base legal apropriada ao caso concreto pelo Controlador e a observância do melhor interesse (conforme destacado

acima), os Agentes de Tratamento devem garantir a observância:

- dos 10 (dez) princípios elencados no artigo 6º da LGPD;
- das regras específicas voltadas ao Tratamento de Dados Pessoais desse grupo de Titulares, previstas nos parágrafos do artigo 14 da LGPD;
- de diferentes legislações que trazem regras específicas direcionadas às Crianças, como, por exemplo, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) e a Resolução nº 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (“CONANDA”); e
- de diretrizes setoriais que regulamentam determinadas atividades, como por exemplo, para o setor de promoção à profissionalização de Adolescentes: o Constituição Federal, artigo 7º, XXXIII e artigo 227, §3º, I; Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 403 e 428; e Lei nº 10.097/2000: regulamentam o instituto da aprendizagem; e o Lei nº 11.788/2008: conhecida como Lei do Estágio, regulamenta a realização de atividades educativas supervisionadas em ambiente de trabalho, como preparação profissional. Assim, os Agentes de Tratamento devem garantir que o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, independentemente da base legal apta a justificar a atividade, observe diversas medidas que visam a garantir a observância não apenas da LGPD, mas de outras legislações e até autorregulamentações que estabelecem regras específicas voltadas a esse grupo de Titulares. Nesse sentido, no que se refere à necessidade de observância dos 10 princípios elencados no artigo 6º da LGPD, verifica-se que: (i) o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças deve ocorrer de acordo com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados aos Titulares (artigo 6º, I, LGPD); (ii) deve haver uma compatibilidade entre a finalidade especificada pelo Controlador e o Tratamento dos Dados Pessoais (artigo 6º, II, LGPD); (iii) apenas os Dados Pessoais estritamente necessários devem ser utilizados (artigo 6º, III, LGPD); (iv) devem ser disponibilizadas às crianças informações claras e precisas sobre como é realizado o Tratamento dos seus Dados Pessoais (artigo 6º, VI, LGPD); (v) às crianças deve ser garantida a consulta facilitada e gratuita sobre o Tratamento de seus Dados Pessoais (artigo 6º, IV, LGPD); (vi) os Agentes de Tratamento devem envidar esforços para garantir que os Dados Pessoais utilizados são corretos, exatos, claro e fiéis à realidade (artigo 6º, V, LGPD); (vii) os Dados Pessoais das Crianças não podem ser utilizados para fins discriminatórios, ilegais ou abusivos (artigo 6º, IX, LGPD); (viii) os Agentes de Tratamento devem adotar medidas de segurança técnicas e administrativas que sejam eficientes na proteção dos Dados Pessoais, evitando acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão dos dados (artigo 6º, VII, LGPD); (ix) devem ser adotadas medidas que visem a evitar danos às Crianças em virtude do Tratamento realizado (artigo 6º, VIII, LGPD); e (x) os Agentes de Tratamento devem ser capazes de demonstrar a adoção de medidas de proteção de Dados Pessoais eficazes e em conformidade com a LGPD (artigo 6º, X, LGPD). No que se refere às previsões específicas da LGPD voltadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, os parágrafos do art. 14 estabelecem que: (i) o consentimento (quando a base legal apropriada ao caso concreto) deve ser específico e em destaque dado por um dos pais ou pelo responsável legal (§1º), devendo os Controladores realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável da Criança, consideradas as tecnologias disponíveis (§5º); (ii) quanto à transparência, os Controladores devem (1)

manter pública a informação sobre os tipos de Dados Pessoais coletados, a forma de sua atualização e os procedimentos para o exercício dos direitos elencados no artigo 18 da LGPD (§2º); e (2) fornecer informações sobre o Tratamento de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da Criança (§6º); e (iii) é vedado aos Controladores condicionar a participação de Crianças em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de Dados Pessoais, além daqueles estritamente necessários à atividade (artigo 14, §4º). Ainda, os Agentes de Tratamento devem observar não apenas as disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente voltadas a esse grupo (garantindo a proteção integral da Criança, conforme disposto no artigo 227, CF e artigo 4º do ECA, por exemplo)[8], como também aquelas previstas em legislações específicas, conforme mencionadas acima. Assim, o que se observa é que os Agentes de Tratamento devem observar diretrizes setoriais que também abrangem regras que visam a garantir a proteção de Crianças e Adolescentes. Ademais, há situações em que o Adolescente, em especial, possui condições e discernimento suficientes para tomar decisões que digam respeito ao seu próprio desenvolvimento, mesmo quando há o Tratamento de Dados Pessoais, como é o caso daquele que está em busca de uma colocação no mercado de trabalho, especialmente quando em um contexto de extrema vulnerabilidade social e/ou necessidade de ganho de autonomia e independência de situações de abuso familiar. Nesse sentido, vale observar o próprio Enunciado nº 138 do Conselho da Justiça Federal, que preceitua: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto. Verifica-se, portanto, que os Agentes de Tratamento devem adotar diversas medidas que visam a garantir a proteção das Crianças no âmbito do Tratamento de seus Dados Pessoais, sendo a eleição de uma base legal apropriada ao caso concreto e a observância do melhor interesse apenas dois dos demais mecanismos protetivos previstos tanto no ordenamento jurídico, como em regulamentações setoriais específicas. Quanto aos Adolescentes, por fim, vale notar que a única trava mencionada pelo caput do artigo 14 da LGPD consiste na busca do seu melhor interesse, sem qualquer exigência de utilização de base legal específica, o que entendemos que deve ser entendimento mantido pela ANPD. 2) A interpretação do artigo 14, §1º da LGPD deve ser realizada de forma a compatibilizar o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes com outros dispositivos do ordenamento jurídico. Fundamentação: Uma norma jurídica deve ser interpretada considerando o ordenamento jurídico como um todo, com o objetivo de que não haja conflito entre duas normas. Nesse sentido, algumas técnicas de interpretação jurídica podem ser utilizadas, por exemplo, quando uma norma aparentemente apresentar conflito com outras previstas no ordenamento. Essas técnicas poderão ser utilizadas de forma conjunta ou isoladamente, dependendo da norma a ser interpretada. Nessa perspectiva, verifica-se que a utilização de métodos de interpretação quando da análise do artigo 14, §1º da LGPD possibilita a aplicação de outras bases legais para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e, em especial, destacam-se os seguintes métodos[9]: •

teleológico: consiste na verificação da finalidade do dispositivo legal, especialmente

com relação ao cumprimento do objetivo almejado pelo legislador para a elaboração da norma. Nestes casos, analisar a exposição de motivos da norma é fundamental; •histórico: baseia-se na investigação dos antecedentes da lei referentes ao histórico do processo legislativo, às conjunturas socioculturais, políticas e econômicas relacionadas à elaboração da lei; e •lógico-sistemático: consiste em analisar a norma jurídica em conjunto com outras normas previstas no sistema normativo, averiguando todas as disposições pertinentes ao mesmo objeto, considerando que o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo e que os dispositivos legais devem ser complementares e convergentes. Sob o ponto de vista dos métodos teleológico e histórico, da análise da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.060 de 2012, que expõe a motivação para inclusão do artigo 14, §1º na LGPD, nota-se que o legislador, entendendo que a previsão do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças com base apenas no melhor interesse (artigo 14, caput) não acrescentaria uma proteção especial necessária para este grupo, propôs a restrição de hipóteses de Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes apenas quando fornecido o consentimento dos pais e/ou responsável legal, inspirado na legislação estadunidense e com o objetivo de garantir maior proteção às Crianças: Na questão do tratamento de dados de crianças e adolescentes, o Projeto original apenas determina, de maneira superficial, que a atividade deva se dar “no seu melhor interesse, nos termos da legislação pertinente”. Entendemos que esse comando não acrescenta nenhuma proteção especial para esse vulnerável grupo de pessoas. Não é o que ocorre em outros países. Nos EUA, como já foi dito, o Children's Online Privacy Protection Act, de 1998, conhecida como Lei COPPA,²² possui importante contribuição, a qual utilizamos como inspiração para a questão. Decidimos incluir, como regra geral, ser ilegal a coleta de dados pessoais de crianças, abaixo de 12 anos de idade, sem o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal. Nesses casos, o responsável deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que esse consentimento foi dado efetivamente pelo responsável pela criança, levando em consideração as tecnologias disponíveis. A exceção é quando a coleta seja necessária para contatar os pais ou responsável legal. Contudo, da análise do Children's Online Privacy Protection Act (“COPPA”), de 1998, verifica-se que o consentimento de um dos pais e/ou responsável legal só é requerido nas hipóteses em que há o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças no âmbito da prestação de um serviço on-line voltado a esse grupo. Ou seja, a limitação inserida no artigo 14, §1º da LGPD, apesar de inspirada no cenário americano, não corresponde ao que é definido pela legislação estadunidense. Além disso, destonando da intenção do legislador, a aplicação do artigo da LGPD supramencionado na prática não representa uma proteção às Crianças, podendo - de maneira oposta - acarretar situações de violação ao seu melhor interesse e aos seus direitos fundamentais. Já no que tange ao método sistemático, a interpretação do artigo deve ser realizada em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho e Lei nº 10.097/2000 (programas de aprendizagem), e Lei nº 11.788/2008 (Lei do Estágio). Nestas três normas há previsão expressa de que ao Adolescente deverá ser garantido a inserção em Programas de Aprendizagem, para aqueles com idade entre 14 e 16 anos, ou em Estágios, para Adolescentes acima de 16 anos. Por sua vez, a Lei do Estágio, em seu artigo 5º, §1º,

determina que cabe aos Agentes de Integração identificar oportunidades de Estágio, ajustar suas condições de realização, fazer o acompanhamento administrativo, encaminhar negociação de seguros contra acidentes pessoais e cadastrar os estudantes. Contudo, para a realização destas atividades previstas em lei e essenciais para a garantia de direitos fundamentais dos Adolescentes, estes Agentes de Integração deverão realizar o Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes e, em muitos casos, a coleta do consentimento dos pais ou responsáveis, prévio ao início do Tratamento, será inviável, considerando que, em muitos casos, o Agente de Integração só terá contato com os pais ou responsáveis em momento posterior ao início do Tratamento. Fato é que a restrição contida neste dispositivo legal pode impedir o pleno exercício de direitos fundamentais conferidos às Crianças e aos Adolescentes, especialmente o melhor interesse e o direito à profissionalização. Dessa forma, ao interpretarmos o artigo 14, §1º da LGPD de acordo com a sua finalidade, com o contexto em que foi produzida a lei e ponderando o sistema jurídico como um todo (métodos teleológico, histórico e sistemático, respectivamente), considerando os cenários de desproteção às Crianças e ao Adolescente que a interpretação literal e restritiva deste dispositivo pode representar, é necessário reconhecer que outras bases legais deverão ser aplicadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e dos Adolescentes pelos Controladores, sendo imperioso identificar no caso concreto qual hipótese (dentre as previstas no artigo 7º, quando do Tratamento de Dados Pessoais “comuns”, e no artigo 11, de dados sensíveis) se aplica ao Tratamento desses menores, sempre sob o viés do melhor interesse deste grupo. 3) Há exemplos práticos que permitem identificar que as bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD podem/devem ser aplicadas ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes, sempre sob o viés do melhor interesse deste grupo.

Fundamentação: Os direitos à proteção dos Dados Pessoais e à privacidade não são absolutos e devem ser interpretados em harmonia com todo o ordenamento jurídico, conforme demonstrado ao longo desta contribuição. Assim, para assegurar que outros direitos fundamentais das Crianças e dos Adolescentes sejam concretizados, é imprescindível o reconhecimento de que outras bases legais poderão ser aplicadas. Nesse sentido, entende-se que os Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes poderão ser tratados pelo Controlador, caso exista o devido enquadramento em uma das bases legais legítimas previstas e indicadas no artigo 7º ou 11 da LGPD, uma vez que não se mostra lógico e nem racional pensar na necessidade de cumulação do consentimento com outras bases legais. Segue abaixo análise exemplificativa acerca da possibilidade de aplicação de cada uma das demais bases legais previstas na LGPD, além do consentimento, em vista do melhor interesse da Criança e do Adolescente: Artigo 7º, LGPD - Dados Pessoais “comuns”: a) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória Exemplo: imposição legal, prevista no artigo 5º, § 1º da Lei do Estágio, que determina que cabe aos Agentes de Integração identificar oportunidades de Estágio, ajustar suas condições de realização, fazer o acompanhamento administrativo, encaminhar negociação de seguros contra acidentes pessoais e cadastrar os estudantes. Observação: esta é uma hipótese em que o consentimento para o Tratamento dos Dados Pessoais inviabilizaria ou prejudicaria a atividade, que está claramente em consonância com o melhor interesse dos Adolescentes. b) Pela administração pública, para o Tratamento e uso compartilhado de Dados Pessoais necessários à execução de políticas públicas Exemplo: Comunicação de

contratos envolvendo Menor Aprendiz para fins de registro no CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), viabilizando o acompanhamento de políticas públicas voltadas à inserção de jovens no mercado de trabalho. Observação: percebemos que em grande parte das vezes o governo não precisará tratar os Dados Pessoais de forma a identificar o Titular. No entanto, se identificável o Titular, seria possível condicionar a implementação de políticas públicas ao consentimento de um dos pais ou responsável nestes casos?

c) Realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos Dados Pessoais Exemplo: realização de estudo sobre inserção de jovens no mercado de trabalho, via políticas públicas específicas e programas de aprendizagem e/ou estágio. Observação: poderia a instituição deixar de fazer avançar estudos sociais e/ou populacionais, com relevante impacto para o desenvolvimento de mecanismos de inclusão no mercado de trabalho, inclusive para o campo de profissionalização e oferta de cursos de capacitação, diante da ausência de consentimento específico e em destaque? Caso exigisse o consentimento, como o direito de revogação e/ou o direito de eliminação dos Dados Pessoais impactaria o resultado da pesquisa?

d) Execução de contrato Exemplo: celebração de Contratos de Estágio e Contratos de Aprendizagem, bem como sua inclusão em plano de saúde empresarial. Observação: como os Adolescentes poderiam usufruir dos benefícios ofertados pela empresa em caso de inércia de um dos pais ou responsável legal? E como ficariam as demais atividades relacionadas ao contrato, caso dependentes do consentimento específico para cada finalidade (por exemplo, auditorias de planos de saúde, prevenção à fraude)? Nesse ponto, importante ressaltar o Código Civil estabelece como requisitos para viabilizar um negócio jurídico, que o agente seja capaz, considerando para tanto a idade do indivíduo. Conforme dispõe o artigo 4º, I deste diploma legal, a pessoa que tiver entre 16 e 18 anos incompletos, detém capacidade relativa, de modo que só poderá praticar certos negócios jurídicos assistido por um de seus representantes legais (pais ou tutor), sob pena de nulidade do ato jurídico. Ainda, no caso excepcional de que referido negócio jurídico seja realizado perante menores de 16 anos, como nos casos de Contrato de Aprendizagem, há que considerar a categorização enquanto absolutamente incapaz pelo Código civil, de modo que o menor de idade deverá ser representado por um de seus representantes legais para garantir sua validade. Porém, é de se ressaltar que a necessidade de o menor ser assistido ou representado para fins de celebração de contratos não significa que a base legal de Tratamento de Dados Pessoais seja o consentimento. Em se tratando de contrato, é possível que dele derivem atividades baseadas na sua execução, legítimo interesse do controlador ou em outras bases legais. Isso se justifica em razão da necessidade de compatibilização entre o Código Civil e a LGPD, que, especificamente sobre o Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes, não exige o consentimento como regra geral.

e) Exercício regular de direitos Exemplo: empresas que possuem em seus quadros Adolescentes, na função de estagiários ou menores aprendizes, ou ainda o próprio CIEE, que armazenam os dados desses para eventuais defesas de seu direito em ações judiciais ou procedimentos arbitrais ou administrativos. Observação: seria razoável condicionar o armazenamento por um determinado tempo ao consentimento de um dos pais ou responsável? Caso um dos pais ou responsável tenha a intenção de ingressar com uma ação judicial contra a empresa, seria razoável permitir a revogação do consentimento e a eliminação dos Dados Pessoais que

porventura poderiam respaldar a defesa? f) Proteção da vida ou da incolumidade física do Titular ou de terceiro Exemplo: empresas que, no âmbito dos serviços prestados, assumam o dever de vigilância em relação às Crianças e aos Adolescentes (tais como berçários, colégios, colônias de férias, locais de trabalho de menor aprendiz ou estagiário) e necessitam coletar e armazenar dados com a finalidade de zelar pela sua segurança e bem-estar, como por exemplo dados relacionados a eventuais alergias. Observação: entendemos que as coletas desses dados pelas empresas poderão ser alocadas na exceção contida no artigo 14, §3º da LGPD. Contudo, considerando a literalidade deste dispositivo, os dados não poderiam ser armazenados, o que impossibilitaria o cumprimento da finalidade pelas empresas. g)

Tutela da saúde Exemplo: quando profissionais de saúde necessitam tratar os Dados Pessoais de Crianças e/ou Adolescentes em procedimentos de saúde. Observação: o Tratamento dos Dados Pessoais contidos no prontuário poderia estar sob a discricionariedade dos pais em fornecer/revogar o consentimento? h) Legítimo interesse do Controlador ou de terceiro Exemplo: Tratamento de Dados Pessoais para fins de divulgação de vagas de Estágio ou Menor Aprendiz para o público Adolescente cadastrado junto ao CIEE, bem como encaminhamento de comunicações para este público. Observação: em situações nas quais o público-alvo é composto por indivíduos dessas faixas etárias, será que o consentimento não poderia ser substituído por outras salvaguardas e customização de controles? i) Proteção ao crédito Exemplo: investigação de fraudes envolvendo Dados Pessoais de Crianças e/ou Adolescentes (fraude contra credores, por exemplo). Observação: seria razoável obstar uma investigação de forma incompleta ao se desconsiderar dados de Crianças e/ou Adolescentes envolvidos? Deve-se levar em consideração que a investigação pode ser conduzida no interesse do menor, inclusive, que possui seu nome utilizado de forma indevida para assunção de débitos. Artigo 11, LGPD – Dados Pessoais Sensíveis: a) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória Exemplo: o art. 66, do ECA, determina que ao Adolescente com deficiência é assegurado trabalho protegido. Assim, para a garantia deste direito será necessário o Tratamento de dados de saúde, classificados pela LGPD como Dados Pessoais Sensíveis. Observação: para o cumprimento dessa obrigação, estariam as empresas que realizam a colocação desses jovens no mercado de trabalho obrigadas a coletar o consentimento dos pais ou responsável, mesmo nos casos em que isso poderia inviabilizar a atividade? b) Pela administração pública, para o Tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas Exemplo: Governo Federal, Estadual ou Municipal que tratam Dados Pessoais de saúde de Crianças para os fins de estabelecer métodos de garantir, de forma eficaz, seus direitos fundamentais, como direito de Adolescentes com deficiência de ingressarem no mercado de trabalho, garantindo igualdade de oportunidade. Observação: estaria a Administração Pública condicionada ao fornecimento do consentimento dos pais e/ou responsáveis legais para fins de execução de políticas públicas relacionadas à profissionalização do Adolescente, nas quais o Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis é imprescindível? c) Realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos Dados Pessoais Exemplo: nos casos em que Dados Pessoais Sensíveis de Crianças são tratados no âmbito de estudos realizados por órgãos de pesquisa, como no exemplo acima, também aplicável para a Administração Pública. Observação: sendo garantida, sempre que possível, a anonimização dos Dados

Pessoais, estariam as pesquisas condicionadas ao fornecimento de consentimento dos pais e/ou responsáveis legais? Caso os consentimentos fornecidos fossem posteriormente revogados, seriam os resultados dos estudos comprometidos? d) Exercício regular de direitos Exemplo e observação: aplicáveis os mesmos do item acima para Dados Pessoais “comuns”. Também vale mencionar a possibilidade de coleta de Dados Pessoais Sensíveis (como deficiência, raça ou nome social) para viabilização de contratação de estagiários e menores aprendizes para vagas inclusivas e de promoção à diversidade. e) Proteção da vida ou da incolumidade física do Titular ou de terceiro Exemplo e observação: aplicáveis os mesmos do item acima para Dados Pessoais “comuns”. f) Tutela da saúde Exemplo e observação: aplicáveis os mesmos do item acima para Dados Pessoais “comuns”. g)

Garantia de prevenção à fraude e à segurança do Titular Exemplo: coleta de identificação biométrica para acesso a conta bancária. Observação: a Criança e o Adolescente que tiverem contas abertas ou serviços contratados em seu nome poderão ficar mais vulneráveis a serem vítimas de fraudes. 4) O destaque do grupo de Titulares “Crianças e Adolescentes” pelo legislador objetivou garantir maior proteção a esses Titulares. Contudo, na prática, a previsão do artigo 14, §1º da LGPD enseja complicações práticas e legislativas. Fundamentação: As bases legais dispostas na LGPD visam trazer regras para o Tratamento de Dados Pessoais, de forma que o legislador, ao estipular o consentimento como única base legal aplicável ao Tratamento de Dados Pessoais de Criança e Adolescente, buscou aumentar a proteção a esta categoria de Titular, considerando a sua vulnerabilidade. A LGPD tem por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Como forma de proteção, a LGPD trouxe mecanismos legislativos que traçam regras e limites legais para o Tratamento de Dados Pessoais, razão pela qual o Controlador apenas pode realizar uma atividade de Tratamento dentro e nos limites de uma das hipóteses legais autorizadoras, as quais denominam-se de bases legais. Além disso, a referida legislação também diferencia a hipóteses legais de Tratamento para Dados Pessoais e para Dados Pessoais Sensíveis, em função do maior potencial ofensivo e discriminatório. Neste contexto, o Controlador poderá tratar Dados Pessoais de acordo com uma das hipóteses legais autorizadoras dispostas no artigo 7º, enquanto para o Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis, é necessária a observância das bases legais esculpidas no artigo 11. Portanto, verifica-se que a LGPD agrupa em categoria apartada e com regras próprias o Tratamento destinado aos Dados Pessoais Sensíveis. Contudo, é de pontuar que, quanto aos Titulares, a referida legislação não os classifica em categoria distintas e nem estabelece regras diferentes, exceto quando se trata de Criança e Adolescentes, visto ser este um grupo que requer atenção prioritária. Nesse sentido, em uma primeira interpretação literal do artigo 14, da LGPD, apenas poderá haver o Tratamento de Dados Pessoais de Criança e Adolescentes visando o seu melhor interesse e mediante consentimento de um dos pais ou responsáveis. Acredita-se que a intenção do legislador foi, em primeira análise, trazer maior proteção ao Tratamento de Dados Pessoais desta categoria de Titulares, mediante o fornecimento de consentimento específico e destacado, com aplicação da Teoria da Proteção Integral. De acordo com a Doutrina da Proteção Integral[10] “toda criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a

necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” e, portanto, necessitam de maior proteção e cuidado. Portanto, as Crianças e os Adolescentes são classificados como vulneráveis por serem pessoas em desenvolvimento e por não terem o amplo entendimento, inclusive quanto aos riscos em relação ao Tratamento de seus Dados Pessoais. Além disso, por não terem pleno e total conhecimento de seus direitos e garantias fundamentais, as Crianças necessitam do apoio e suporte de seus pais ou responsáveis legais, razão pela qual o legislador entendeu que a melhor maneira de garantir a ampla proteção às Crianças seria restringir o Tratamento de Dados Pessoais deste grupo à base legal do consentimento dado pelos pais ou pelos responsáveis legais. Tal exigência, vale dizer, não foi feita com relação aos Adolescentes. Entretanto, a intenção do legislador ensejou algumas complicações tanto legislativas quanto práticas. Além das exemplificadas no tópico anterior, podemos citar também que a medida acarretou

- Criação de hierarquia entre as bases legais: apesar da base legal do consentimento estar posicionada topograficamente no primeiro inciso do artigo 7º e do artigo 11, verifica-se que, na verdade, não há hierarquia entre as bases legais, de forma que restringir o Tratamento de Dados Pessoais de Criança e Adolescentes à base legal do consentimento poderia, em tese, trazer uma hierarquização entre as bases legais que não é preconizada pela LGPD;
- Possibilidade de violação ao melhor interesse da Criança e do Adolescente: o consentimento dos pais ou dos responsáveis, na prática, nem sempre estará em consonância com o princípio do melhor interesse da Criança ou do Adolescente. Ademais, a restrição poderá inviabilizar a execução de medidas que visam assegurar a concretização de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, direito à educação, à saúde, à profissionalização, ao acesso à informação, à liberdade de expressão, dentre outros; e
- Insegurança jurídica quanto ao Tratamento de Dados Pessoais de Adolescentes: há uma omissão legislativa quanto ao termo “Adolescente”, uma vez que o consentimento específico disposto no §1º, do artigo 14, da LGPD, destina-se, tão somente, ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, não havendo, assim, estipulação do mesmo regramento para Adolescentes. Com base nesse contexto, observa-se que há outras formas, inclusive mais eficientes, de garantir maior segurança ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, como a aplicação de outras bases legais, obrigatoriedade de elaboração de Relatório de Impacto a Proteção de Dados Pessoais (RIPD) e indicação, pela ANPD, de medidas a serem adotadas quando houver Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes. Neste último ponto, é de destacar que a LGPD traz a abordagem baseada no risco, de forma que a elaboração de RIPD quando há o Tratamento de Dados Pessoais de Criança ou de Adolescente se mostra uma forma eficiente de avaliar todos os riscos envolvidos na atividade e como o controlador pode mitigá-los. Por fim, considerando que ainda não há diretrizes para Tratamento de Dados Pessoais para Criança e Adolescente, as diretrizes[11] visando seu melhor interesse, trazidas pela Information Commissioner’s Office, autoridade do Reino Unido, poderão auxiliar na orientação sobre como realizar o Tratamento de Dados Pessoais deste grupo de vulneráveis :
- proteção especial, porque este grupo pode estar menos ciente dos riscos envolvidos;
- o desenvolvimento dos sistemas e dos processos deve considerar que este grupo precisa de proteção diferenciada desde o início;
- a conformidade com os princípios de proteção de Dados Pessoais e, em particular, a equidade deve ser fundamental para todo o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de

Adolescentes; • o enquadramento em uma base legal para tratar os Dados Pessoais de uma Criança ou de um Adolescente, sendo o consentimento apenas uma das possibilidades de base legal, não a única, podendo ser utilizada uma base alternativa quanto for mais apropriado e fornecer melhor proteção para a Criança ou para o Adolescente; • o consentimento de um dos pais ou responsável legal pode ser a melhor base legal para o Tratamento ao oferecer um serviço online diretamente para uma Criança, sendo possível coletar o consentimento do próprio Titular no caso de Adolescentes; • para Crianças menores de idade, o consentimento deve ser de quem detém a responsabilidade por ela - a menos que o serviço online que seja preventivo ou de aconselhamento; • ao confiar em "interesses legítimos", o Agente de Tratamento assume a responsabilidade de identificar os riscos e consequências do Tratamento e implementar salvaguardas adequadas à idade; •

quando se utiliza Dados Pessoais de Crianças ou Adolescentes para fins de marketing ou para criar perfis de personalidade ou de usuário, medidas de proteção específicas devem ser adotadas; • as decisões, que tiverem um efeito legal ou significativo, relacionadas a este grupo, não devem ser tomadas com base unicamente no processamento automatizado; •

devem ser escritos avisos de privacidade claros para as Crianças ou os Adolescentes, adaptados ao seu nível de entendimento e linguagem, de modo que possam compreender o que acontecerá com seus Dados Pessoais e quais direitos possuem; • as Crianças e os Adolescentes têm os mesmos direitos que os adultos sobre seus Dados Pessoais, o que inclui o direito de acessar seus Dados Pessoais, solicitar retificação, opor-se ao Tratamento e ter os seus Dados Pessoais apagados; e • o direito de um indivíduo de apagar os seus Dados Pessoais é particularmente relevante se o Titular deu seu consentimento para o Tratamento quando era Criança ou Adolescente. 5) O melhor interesse da Criança e do Adolescente deve ser analisado e considerado de forma prioritária em todas as ações ou decisões que envolvam este grupo, seja no âmbito público ou privado. Fundamentação: Antes de adentrar na análise do princípio, é necessário entender como este princípio está posicionado dentro do ordenamento jurídico e quais os efeitos oriundos deste posicionamento. No âmbito internacional, apesar de o conceito do “melhor interesse da Criança” não ser recente, foi com o Comunicado Geral nº 14 à Convenção Internacional sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, que houve maior detalhamento em relação a esse direito substantivo, sendo, inclusive, posto como um princípio que deverá ser norteador de toda a matéria relacionada aos direitos das Crianças e, também, como uma regra procedimental. Assim todas as ações ou decisões que envolvam Crianças ou Adolescentes, seja no âmbito público ou privado, deverão ser tomadas considerando o melhor interesse da Criança ou do Adolescente. Conforme mencionado acima, o “melhor interesse da Criança e do Adolescente” tem uma acepção tripla, pois para garantir a fruição plena e efetiva de todos os direitos e promover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da Criança e do Adolescente, é necessário analisar o melhor interesse como: • direito fundamental: deve-se ponderar como primordial o melhor interesse da Criança e do Adolescente quando diversos interesses estiverem em conflito, devendo este direito ser garantido sempre que for envolvida uma Criança ou Adolescente ou um grupo de Crianças ou de Adolescentes; • princípio jurídico interpretativo: quando em um dispositivo jurídico couber mais de uma interpretação, a norma deverá ser interpretada da forma que o melhor interesse da

Criança ou do Adolescente seja priorizado; e • regra de procedimento: as decisões relacionadas a uma Criança ou a um Adolescente, a um grupo de Crianças ou de Adolescentes ou as Crianças ou a Adolescentes em geral, deverão ser realizadas avaliando os impactos da decisão, prezando sempre pelo interesse do menor. Já no âmbito interno, a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança das Nações Unidas foi ratificada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Esta convenção foi inserida no ordenamento jurídico com status de norma "supralegal", visto que, apesar de não ter sido aprovada nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal, trata sobre direitos humanos, garantindo, portanto, uma posição acima das leis infraconstitucionais. O efeito imediato do status de norma "supralegal" dado aos tratados e convenções sobre direitos humanos é que todas as normas jurídicas que estão posicionadas abaixo deles deverão ser materialmente compatíveis com eles e, quando um dispositivo infralegal possibilitar mais de uma interpretação, deve-se priorizar a interpretação que seja convergente com a norma supralegal, buscando sempre a uniformidade do ordenamento. Assim, feitas estas considerações, fica claro que toda e qualquer decisão, resolução de conflitos ou interpretação jurídica, que envolva este grupo prioritário, deverá considerar primordialmente o melhor interesse das Crianças e dos Adolescentes, a fim de que haja a efetivação dos seus direitos fundamentais e que seja prezado o seu desenvolvimento físico, psicológico e social. Logo, na medida que o princípio do melhor interesse deve nortear todas as relações nas quais as Crianças e/ou os Adolescentes estão inseridas, diferente não poderia ser o Tratamento de Dados Pessoais desta categoria de Titulares. Seguindo os preceitos internacionais e nacionais acerca do tema, o legislador previu no artigo 14, caput, da LGPD que todo Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes deverá ser realizado considerando o melhor interesse destes Titulares, ressaltando, assim, um princípio já previsto. Apesar da determinação de que o melhor interesse da Criança e do Adolescentes deverá ser considerado de forma prioritária, não há um conceito fechado quanto ao que seria este princípio. De acordo com o Comitê dos Direitos das Crianças da ONU, manifestado no documento "Comentário geral nº 14 (2013) do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da Criança a que o seu interesse superior"[12]: O conceito do interesse superior da criança é complexo e o seu conteúdo deve ser determinado caso a caso. É através da interpretação e da aplicação do artigo 3º, parágrafo 1, em conformidade com as outras disposições da Convenção, que o legislador, juiz, autoridade administrativa, social ou educativa poderá densificar o conceito e dele fazer uso. O conceito do interesse superior da criança é, portanto, flexível e adaptável. Deverá ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança ou das crianças envolvidas, tendo em conta o seu contexto, situação e necessidades pessoais. Nesse aspecto, vislumbra-se a necessidade da verificação do melhor interesse da Criança e do Adolescente caso a caso, uma vez que se trata de um conceito abstrato e norteador. Contudo, buscando auxiliar na avaliação quanto a observância do melhor interesse da Criança e do Adolescente, o Comitê trouxe uma lista, exemplificativa, de elementos que deverão ser considerados quando da avaliação acerca da observância deste princípio no caso concreto: • a opinião da Criança e do Adolescente; • a identidade da Criança e do Adolescente; • a preservação do ambiente familiar e manutenção de relações (incluindo relações sociais); • cuidados, proteção e segurança da

Criança e do Adolescente; • situação de vulnerabilidade; • o direito da Criança e do Adolescente à saúde; e • o direito da Criança e do Adolescente à educação, dentre outros. É importante salientar que em algumas situações poderá haver conflito entre estes elementos. Nestes casos, os interesses das Crianças e dos Adolescentes deverão ser sopesados entre si, de maneira a encontrar uma solução que assegure um equilíbrio entre os direitos, ao mesmo tempo que garanta o desenvolvimento global do Titular. 6) Considerar o consentimento previsto no artigo 14, §1º da LGPD como a única base legal apta a justificar o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças pode representar a violação do melhor interesse e outros direitos fundamentais da Criança. Fundamentação: Ao considerar o consentimento previsto no artigo 14, §1º, da LGPD como única base legal apta a legitimar o Tratamento de Crianças, é possível verificar inúmeras situações em que o melhor interesse e outros direitos fundamentais podem não ser observados em virtude da inércia ou mesmo da recusa de um dos pais ou do representante legal em fornecer o consentimento específico e em destaque para o Tratamento de Dados Pessoais de seus filhos ou representados. Num contexto social em que as atividades cotidianas utilizam, em sua maioria, ferramentas tecnológicas ligadas ao uso da internet e que muitas operações são viabilizadas por meio do Tratamento de Dados Pessoais[13], condicionar a legalidade do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes à obtenção do consentimento dos pais ou responsáveis legais poderá tolher não apenas o melhor interesse da Criança, mas também diversos direitos fundamentais deste grupo, como o direito à saúde, à educação, à profissionalização, ao lazer ou até mesmo a dignidade da pessoa humana: • violação ao melhor interesse e à dignidade humana (artigo 227, CF): as Organizações Não-Governamentais (“ONGs”) que atuam na prestação de serviços assistenciais voltados para inserção de Adolescentes no mercado de trabalho ou que realizam cursos profissionalizantes voltados a este público, ou seja, que claramente objetivam garantir a dignidade humana e atuam no melhor interesse desses menores, necessariamente deveriam coletar o consentimento de um dos pais e/ou responsável legal para tratar os Dados Pessoais das Crianças e dos Adolescentes assistidos? Caso os pais e/ou responsáveis legais não fossem localizados antes da contratação do menor aprendiz, esses adolescentes deveriam ser excluídas dos benefícios da assistência prestada pelas ONGs? • violação ao melhor interesse e ao direito à profissionalização (artigos 1º, IV, 6º, 7º e 227, CF): algumas organizações sem fins lucrativos desenvolvem trabalhos direcionados à profissionalização do público infantojuvenil, inclusive, em parceria com o terceiro setor, com o intuito de promoção de programas de Estágio e Aprendizagem. Nestes casos, a coleta do consentimento nos termos definidos na lei, operacionalmente, por vezes é inviável, visto que na prática o consentimento dos pais só é possível de ser coletado após o próprio início do Tratamento. Por exemplo, uma entidade que realiza ação em escola pública para cadastro de Adolescentes que tenham interesse em participar de cursos, com o objetivo de, ao final dos cursos, esses alunos serem integrados no mercado de trabalho. Em alguns casos, o consentimento dos pais só será coletado com o início do curso e efetiva matrícula do aluno, contudo, os dados dos Adolescentes interessados são coletados antes. Ainda sobre este ponto, pode haver cenários em que o entendimento dos pais e/ou responsável legal do Adolescente pode ser insuficiente para proteção efetiva do menor, ou ainda, haver desinteresse em que o menor inicie sua trilha de profissionalização, conflitando com a autonomia e desenvolvimento do Adolescente; •

violação ao melhor interesse e ao direito à saúde (artigos 196 e 227, CF): em um cenário de desenvolvimento e implementação de uma política pública de saúde que tem o objetivo reduzir a incidência de determinada doença, que vem sendo crescente em Crianças ou em Adolescentes, é imprescindível o Tratamento de Dados Pessoais desses Titulares. E, assim, a necessidade de obtenção do consentimento de um dos pais e/ou responsável legal, muito provavelmente, inviabilizaria não apenas a criação, como a implementação dessa política;

- violação ao melhor interesse e ao direito à educação (artigos 205 e 227, CF): nos casos de matrícula de Adolescentes em cursos profissionalizantes (públicas ou privadas) onde os pais e/ou o responsável legal se recusam a fornecer o consentimento para Tratamento dos Dados Pessoais do Adolescente a ser matriculado na curso, não poderia a instituição de ensino prosseguir com a matrícula e, assim, claramente estaríamos diante de uma situação em que o melhor interesse e o direito à educação do Adolescentessão violados;
- violação ao melhor interesse e ao direito ao lazer (artigos 6º e 227, CF): ocorreria no contexto exemplificado acima nos casos de recusa do fornecimento do consentimento pelos pais e/ou responsáveis legais nos casos de matrícula de Crianças e/ou Adolescentes em colônia de férias. Ainda, sob o ponto de vista dos Agentes de Tratamento, considerando o dever que lhes é imposto de observar o melhor interesse da Criança e do Adolescente no Tratamento de Dados Pessoais desses Titulares (previsto não apenas no artigo 14, caput da LGPD, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e na Convenção Internacional sobre Direitos da Criança das Nações Unidas), é possível identificar diversos cenários em que, ao tratar os Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes apenas quando fornecido o consentimento dos pais e/ou responsáveis legais, o Agente de Tratamento estaria violando o melhor interesse e até mesmo outros direitos fundamentais da Criança. Nesse sentido, vale questionar:

- como uma empresa irá incluir os colaboradores menores de idade como beneficiários dos planos de saúde, se os pais ou responsáveis se recusarem a fornecer o consentimento para tanto?
- como as empresas poderão contratar menores aprendizes ou até mesmo ofertar Programas de Estágios para alunos menores de 18 anos, integrantes de curso de graduação? Como promover cursos e oportunidades a alunos do Ensino Médio?
- Como os Adolescentes interação em ingressar em Programas de Aprendizagem poderão realizar busca por vagas em sites especializados sem que estes realizem o Tratamento de seus Dados Pessoais?
- Como as empresas especializadas na inserção de menores no mercado de trabalho poderão intermediar a contratação destes jovens, especialmente em caso de conflito ou discordância entre o menor e seu responsável, que pode o estar colocando em situação de vulnerabilidade ou risco decorrente de dependência financeira?
- Como será garantida a proteção especial, prevista no artigo 227, §3º, da Constituição Federal, aos direitos trabalhistas e previdenciários do jovem em condição de menor aprendiz ou de estagiários sem o Tratamento dos seus Dados Pessoais?
- e se o material publicitário ou anúncio tiver como conteúdo incentivos culturais ou educacionais para determinado público infantil ou Adolescente? Será que o envio personalizado não seria favorável ao melhor interesse, mesmo sem consentimento? Portanto, considerando os inúmeros cenários em que o melhor interesse e direitos fundamentais das Crianças e dos Adolescentes poderiam ser violados em razão da necessidade de obtenção do consentimento do artigo 14, §1º pelos Agentes de Tratamento, que, por sua vez, deixariam de cumprir

deveres que lhes são impostos de observância não apenas do melhor interesse como de outros direitos das Crianças, é inevitável concluir pela necessidade de aplicação de outras bases legais (previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD) ao Tratamento de Dados Pessoais desse grupo de Titulares. 7) No âmbito internacional, algumas normas estabelecem regras mais rígidas para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças, considerando a condição de vulnerabilidade do grupo. Contudo, tais normas trazem exceções à obrigatoriedade de obtenção do consentimento para o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças.

Fundamentação: Internacionalmente, ainda há lacunas regulatórias quanto ao tema. É o que ocorre, notadamente, na América Latina. Não obstante, há exemplos de legislações e jurisdições que buscam efetivar a proteção do melhor interesse da Criança no Tratamento de seus Dados Pessoais, podendo figurar como experiências de aprendizado ou referência para a ANPD. O primeiro desses exemplos é o Children's Online Privacy Protection Act ("COPPA"). Editado nos EUA em 1998, busca proteger menores de 13 anos no ambiente on-line, sendo aplicável também em contextos de aplicativos de smartphones e websites. Essa lei prevê a coleta do consentimento de um dos pais e/ou responsável legal, porém tal solicitação apenas é necessária nas hipóteses em que há o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças no âmbito da prestação de um serviço online voltado a esse grupo. Outras situações, como envio de comunicações periódicas sobre atualizações do serviço, lembrete de senha, proteção da segurança da Criança e resposta a processo judicial ou requisição sobre tema de segurança pública, não dependem de consentimento. Um segundo exemplo é o Regulamento Geral de Proteção de Dados ("GDPR"), que aborda o tema nos Considerandos 38 e 58 e no artigo 8º. De acordo com o normativo europeu, a proteção diferenciada de Crianças tem como fundamento sua menor consciência quanto aos riscos, consequências e cuidados no Tratamento de Dados Pessoais, bem como em razão dos demais direitos relacionados a esse grupo de Titulares. Contudo, tal atenção é ressaltada em casos específicos, como finalidades de marketing, perfilamento e coleta de Dados Pessoais em serviços on-line ofertados diretamente a Crianças. Para esses casos, é necessário o consentimento, assim como para a oferta de serviços on-line a menores de 16 anos. Em outros casos, há dispensa do consentimento, como serviços de prevenção e aconselhamento. De todo modo, em qualquer situação, o GDPR resalta outras salvaguardas de proteção às Crianças que não a limitação de base legal apenas ao consentimento. É o exemplo do cumprimento do princípio da transparência, que deve ser ajustado para permitir o entendimento do público-alvo, com linguagem apropriada e/ou adaptada. Dito isso, é possível concluir que, ainda que a limitação inserida no art. 14, §1º da LGPD tenha tido por objetivo a proteção da Criança pelos legisladores brasileiros, usando como inspiração normas estrangeiras, as mesmas normas mencionadas (como é o caso da legislação estadunidense) não proíbem em si o Tratamento por outras bases legais além do consentimento. Na realidade, já são previstas de pronto situações de dispensa ao consentimento, demonstrando que a internalização feita no Brasil poderia ter ocorrido de forma mais crítica ou, ao menos, detalhada. Assim, ao invés de limitar o uso de outras bases legais que não o consentimento pelos Agentes de Tratamento, é recomendado que a ANPD interprete a LGPD de forma harmoniosa com o ordenamento jurídico como um todo, bem como se inspire em práticas já indicadas internacionalmente que visam incrementar a proteção a Crianças e Adolescentes no Tratamento de seus Dados

Pessoais. Vale ressaltar que, como mencionado ao longo desta contribuição – e melhor detalhado abaixo – a escolha de base legal não é um mecanismo especificamente ou unicamente existente para proteção do melhor interesse da Criança e do Adolescente. Certo é que os demais controles e mesmo os princípios trazidos pela LGPD formam uma rede robusta de proteção, quando aplicados de forma adequada e coordenada. Exemplos disso são orientações práticas emitidas por autoridades estrangeiras e estudos a respeito do tema[14][15][16]. Mesmo em setores de mercado que realizam Tratamentos classicamente vistos como mais críticos ou que demandam maiores cuidados, não necessariamente o consentimento é a única forma de assegurar o melhor interesse da Criança e do Adolescente. É o exemplo de uso de linguagem apropriada para cada faixa etária, desenho de painel de controle por meio do qual as configurações de privacidade podem ser facilmente ajustadas de acordo com o interesse dos pais ou responsável legal (não se confundindo com consentimento), desenho de funcionalidades ou de elementos que serão apresentados ao usuário Criança e/ou Adolescente adaptados ao fácil entendimento e sem vieses que os levem ao engano, dentre outros. Notas e referências: [1] Terminologia proposta por Viktor Mayer-Schrönberger no artigo público com o Título “General development of data protection in Europe”, constante das páginas 219 a 242 do livro “Technology and Privacy: The New Landscape”, publicado em 31 de outubro de 1997 pela MIT Press, sob a coordenação de Philip E. Agre e Marc Rotember. [2] BIONI. Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais, a função e os limites do consentimento. São Paulo: Editora Forense, 2018. p. 116 e 117. [3] DONEDA. Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 174 a 176. [4] BIONI. Bruno Ricardo. Idem, p. 118 e 119. [5] DONEDA. Danilo. Idem, p. 176 a 178. [6] BIONI. Bruno Ricardo. Idem. [7] DONEDA. Danilo. Idem. [8] MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. INSTITUTO ALANA. Comentário Geral nº 25 sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital. Versão Comentada. 2022. Disponível em: <https://alana.org.br/wp-content/uploads/2022/04/CG-25.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2022. BRASIL. Decreto Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 19.09.2022. EUA. Children’s Online Privacy Protection Act. Disponível em: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim>. Acesso em: 19.09.2022. ITS RIO. Relatório de Boas Práticas: Proteção de Dados de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/08/Relatorio-Boas-Praticas-Criancas-e-Adolescentes.pdf>. Acesso em: 19.09.2022. RAMOS, André Tavares. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. UE. General Data Protection Regulation. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 19.09.2022. [9] SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e interpretação jurídica. 4ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Parte I - Capítulo Seis. [10] Doutrina 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 direito”. Vide, AMIN, André Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia (coord.). Curso

de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. [11] ICO/UK. Diretriz tratamento de dados de crianças. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/children/>. Acesso em: 19.09.2022. [12] ONU. Comentário geral nº 14 do Comitê dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior. 2013. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em: 19.09.2022. [13] MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato Opice (coord). Comentários ao GDPR. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 136 e 139. [14] FRAZÃO, Ana. Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes. Parecer encomendado pelo Instituto Alana. São Paulo: Programa Criança e Consumo do Instituto Alana, 2021. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/11/dever-geral-de-cuidado-das-plataformas.pdf>. Acesso em: 19.09.2022. [15] ICO/UK. Introduction to the age appropriate design code. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/age-appropriate-design-code/>. Acesso em: 19.09.2022. [16] EUA. Proposta de lei na Califórnia. California Age Appropriate Design Code. Disponível em: <https://californiaadc.com/>. Acesso em: 19.09.2022.

Contribuinte: Manuella Filadoro Feiteiro Gonçalves

Número: OP-271119

Data: 07/11/2022 - 10:20

Resumo: "Tomada de subsídios sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes da ANPD: Contribuição sobre as hipóteses de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes OBS: A presente contribuição é fruto de uma reflexão conjunta entre as pesquisadoras Profª. Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (PUCRS) e a Dra. Gabriela Cruz Amato Teixeira. A aplicação das hipóteses legais previstas nos art. 7º e 11º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP) para o tratamento de dados das crianças e adolescentes à luz do princípio do melhor interesse Gabrielle Bezerra Sales Sarlet Advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará- UFC. Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg- Alemanha com tese validada pelo PPGD- UFGRS. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo- Alemanha e igualmente pela PUCRS. Pesquisadora visitante e bolsista do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht - Hamburg- Alemanha (2018), Professora do curso de graduação e no PPGD da PUCRS- Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Coordenadora do curso de especialização em Direito Digital na PUCRS. Gabriela Cruz Amato Teixeira Doutora em Direito pela PUCRS, com período de capacitação e investigação na Universität Hamburg, Alemanha, na condição de bolsista CAPES PrInt. Mestre em Direito e Especialista em Direito de Família e Sucessões pela PUCRS. Membro da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/RS. Advogada. Sumário: Introdução; 1. Análise da Interpretação nº. 3 aventada no Estudo Preliminar da ANPD; 2. O princípio do melhor interesse e sua

natureza tríplice; 3. O melhor interesse enquanto vetor hermenêutico; 4. Análise de dados e o atual cenário em termos de educação digital; 5. A necessidade de implementar a educação para a cidadania digital; 6. O consentimento específico e em destaque mediante a educação digital; 7. Legal Design para a realização do consentimento específico e em destaque.

Conclusão. Introdução A presente contribuição tem por objetivo analisar a hipótese de interpretação nº 3, aventada pelo Estudo Preliminar, realizado pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD, 2022), que levantou três possibilidades de interpretação sobre as “Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes”, quais sejam: “(i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal, conforme art. 14, §1º, da LGPD, como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e (iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse”.

De acordo com o Estudo Preliminar, realizado pela ANPD, a presente contribuição não objetiva investigar o regime da capacidade civil, previsto no Código Civil, tampouco a necessidade de consentimento específico e em destaque por parte dos pais ou responsáveis legais para o caso dos adolescentes. Destinando-se, exclusivamente, a examinar as hipóteses interpretativas possíveis ao escopo da LGPD. Sendo assim, após minuciosa reflexão, entende-se que a Hipótese de Interpretação nº 3 parece apresentar uma forma de interpretação que melhor se coaduna ao sistema de proteção dos direitos da criança e do adolescente, conforme será analisado a seguir.

1. Análise da Interpretação nº. 3 aventada no Estudo Preliminar da ANPD A interpretação sistemática sugerida pela ANPD – Agência Nacional de Proteção de Dados de que “(iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse”, parece guardar maior compatibilidade com o sistema protecional da criança e do adolescente, pois “ênfatiza 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” (ANPD, 2022). Tal interpretação exalta o princípio do superior interesse, enquanto vetor hermenêutico das decisões que envolvam o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Ademais, a terceira hipótese interpretativa, aventada pela ANPD, destaca que a leitura do disposto no §1º do artigo 14, não pode ser desprendida da regra geral disposta no caput do dispositivo. Sendo assim: O consentimento para o tratamento de dados pessoais de crianças, as poderá ser utilizado, sempre de forma específica e em destaque, conferido por pelo menos um dos pais ou responsável legal, desde que essa seja a hipótese legal mais apropriada ao caso concreto e de acordo com o melhor interesse da criança (ANPD, 2022). Vale considerar ainda que a terceira hipótese interpretativa reforça o conceito do princípio do melhor interesse, tal como fora originariamente concebido em sua matriz internacional (UNITED NATIONS, 1959), podendo ser traduzido em ações e em decisões que deverão levar em consideração as reais necessidades das crianças e adolescentes, independentemente dos interesses de terceiros. Isto significa dizer que o melhor interesse das crianças e adolescentes nem sempre estará alinhado aos interesses parentais ou de seus responsáveis legais e que, portanto, devem ser

salvaguardados tendo em vista aquilo que é concretamente o melhor para eles. Nessa medida, pode-se argumentar que o melhor interesse constitui um princípio flexível, permeável pelas situações fáticas (MOURA RAMOS, 2015), precisamente para assegurar a sua efetividade nos casos em que os interesses das crianças e adolescentes estiverem sob análise.

2. O princípio do melhor interesse e sua natureza tríplice O Comitê Dos Direitos da Criança da ONU destacou, em seu Comentário Geral n. 14, de 2013, a natureza tríplice do conceito de melhor interesse, podendo ser compreendido como um direito subjetivo, um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e uma regra processual. De acordo com essa orientação, é possível sustentar a existência de um direito conferido às crianças e aos adolescentes ao atendimento do seu melhor interesse, na máxima medida possível, sempre que diferentes interesses estiverem em causa, devendo-se decidir da forma que melhor proteja os interesses das crianças e adolescentes. Do mesmo modo, sempre que uma norma jurídica estiver aberta a mais de uma possibilidade de interpretação, os interesses das crianças e adolescentes deverão se sobrepôr. Importa salientar que deverá valer igualmente como regra processual, na medida em que vincula a tomada de decisão, nas causas que envolverem crianças e adolescentes, ao atendimento do seu melhor interesse (UNITED NATIONS, 2013).

Ao reconhecer a absoluta prioridade, enquanto princípio constitucional que orienta e ilumina o quadro protecional das crianças e adolescentes, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) exaltou o princípio do melhor interesse, embora não o reconheça expressamente. Isso porque, ao conferir a absoluta prioridade ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente, o texto constitucional reforça a compreensão de que os direitos e interesses das crianças e adolescentes deverão prevalecer, inclusive em relação aos direitos e interesses parentais ou de seus responsáveis legais (LÔBO, 2019), garantindo-se assim, o pleno desenvolvimento de suas capacidades, bem como o livre desenvolvimento de sua personalidade.

3. O melhor interesse enquanto vetor hermenêutico Ao considerar as hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, em referência ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, exaltando-se o respeito ao princípio do melhor interesse, a ANPD confere o devido destaque a esse princípio, considerando-o como o vetor hermenêutico constitucionalmente adequado.

De sorte que definir o princípio do melhor interesse, assegurado pelo caput do artigo 14 da LGPD, como regra geral, poderá efetivamente concretizar o melhor tratamento dos dados pessoais de crianças e de adolescentes. Em outros casos, v.g., nas decisões sobre a disputa de guarda, ou mesmo, nos casos extremamente graves como o sequestro internacional parental, existem regras gerais que poderão ser contrariados, precisamente para exaltar a importância do respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes. No primeiro caso, nas decisões sobre guarda, a regra geral é a guarda compartilhada, no entanto, poderá haver decisão em sentido diverso, sempre que for necessário para privilegiar os interesses das crianças e adolescentes envolvidos (STJ, 2020). Da mesma forma, no segundo caso, a regra geral é a do retorno imediato da criança ou adolescente ao país de origem, no entanto, se tal decisão contrariar os interesses das crianças e adolescentes, impedindo a realização de seu pleno desenvolvimento e bem-estar, é possível decidir de forma contrária (MOURA RAMOS, 2015), uma vez mais, para garantir o atendimento prioritário aos interesses das crianças e adolescentes.

Os exemplos acima destacados servem, à guisa de ilustração, para demonstrar que a flexibilidade

interpretativa, peculiar ao princípio do melhor interesse, conduz às decisões mais concertadas com a efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Oportuno advertir que, assim como o princípio do melhor interesse, o ambiente digital constitui um espaço dinâmico (Hoffmann-Riem, 2019), havendo situações em que é difícil antever com precisão as probabilidades de risco. Conseqüentemente, em razão da imprevisibilidade de uma margem segura de risco e de dano, a garantia do princípio do melhor interesse, enquanto vetor hermenêutico, torna-se adequada à concretização e à observância dos direitos da criança e do adolescente, ampliando a margem de proteção.

4. Análise de dados e o atual cenário em termos de educação digital

A terceira hipótese sobre a forma de interpretação para o tratamento dos dados crianças e adolescentes, apontada pela ANPD como a mais indicada para tanto, exalta ainda a importância de outro elemento central: o reforço da educação digital para crianças e adolescentes, mas, sobretudo, para aqueles diretamente vinculados aos deveres de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, ou seja, as famílias, os responsáveis legais e as escolas.

A prática da educação digital, nesse sentido, poderá facilitar a compreensão sobre os termos de concessão para o tratamento dos dados pessoais das crianças e adolescentes, fazendo com que compreendam exatamente o que está em causa e qual será a destinação desses dados. A educação digital, em síntese, aponta para a cidadania digital que pressupõe um protagonismo lúcido, responsável, solidário e consciente de todos os extratos da população, sobretudo dos mais vulneráveis. A falta de informação, de comunicação apropriada e de conhecimento adequado sobre os termos e os perigos/riscos acarretados pela concessão de dados, por sua vez, pode ser apontada como uma das principais causas da hiperexposição indevida de crianças e adolescentes ao ambiente digital. Em outro giro, torna-se extremamente significativa a percepção do teor e do alcance dos direitos e das garantias albergadas no sistema jurídico pátrio.

Vale destacar, nesse sentido, alguns dados apontados pela pesquisa TIC KIDS Online Brasil – em parte já apresentados pelo Estudo Preliminar – acerca do cenário atual em termos de hiperexposição e hipervulnerabilidade dessa parcela da população, assim como igualmente, a falta de conhecimento técnico de seus pais e dos responsáveis legais, denotando um maior grau de dificuldade, em termos de cuidado em face dos perigos digitais, daqueles que exercem, em primeira linha, os deveres de proteção em relação aos seus direitos fundamentais,

De acordo com a pesquisa TIC KIDS Online Brasil, 89% da população de crianças e adolescentes, entre 9 e 17 anos, utiliza internet no Brasil, percentual que corresponde a 24,3 milhões de crianças e adolescentes conectados. Destes, 29% informaram que auxiliam seus pais ou responsáveis a fazer algo na internet todos os dias ou quase todos os dias, enquanto outros 28% auxiliam também nesse sentido, pelo menos uma vez por semana (CGI.br, 2021). Os dados refletem que uma parcela bastante expressiva da população adulta de pais e de responsáveis legais ainda não se encontram aptos ao emprego das tecnologias de informação e comunicação e ao avanço tecnológico no cotidiano e, por vezes, dependem do suporte técnico das suas crianças e adolescentes. Demonstram, assim, certo grau de inabilidade para o adequado manejo das novas tecnologias, logo, um despreparo em relação aos possíveis perigos e riscos que o ecossistema digital poderá proporcionar/acarretar. Decerto que, embora possuam consciência das externalidades negativas, alguns dos pais e responsáveis legais ainda demonstram acentuada dificuldade em relação ao acesso aos dispositivos e à

tecnologia, bem como às condições referentes à cibersegurança. Por outro lado, as crianças e adolescentes, conhecidos vulgarmente como nativos digitais (PRENSKY, 2000), dispõem de algum conhecimento tecnológico. Conquanto, devido à sua própria condição de pessoas em desenvolvimento, inclusive em fase de amadurecimento cerebral, ainda carecem, de fato, de adquirir uma real consciência sobre os limites, os riscos e os perigos que podem ocorrer no ambiente digital, tais como os riscos cibernéticos que poderão resultar a partir do perfilamento e da datificação da infância.

5. A necessidade de implementar a educação para a cidadania digital

Como bem definiu a ANPD, no âmbito do Estudo Preliminar, a educação digital consiste em algo que está para muito além da definição da hipótese legal apropriada para o caso em destaque, no entanto, é imprescindível para um adequado consentimento – efetivamente informado – que as famílias e responsáveis legais se apropriem dos conhecimentos digitais para um exercício efetivo da cidadania digital. Diversas medidas legislativas vêm sendo adotadas nesse sentido, tanto em âmbito federal (PL nº 4513/2020), estadual (Lei da Educação para a Cidadania Digital do estado do Rio Grande do Sul - Lei nº 15.547/2020) e, inclusive municipal (Lei do Município de Porto Alegre - Lei nº 13.239/22). Tais medidas reconhecem a importância de trabalhar esses temas para que a população fortaleça as suas competências digitais e, desse modo, compreenda, de uma forma mais efetiva, o contexto digital, capacitando-a para a tomada de melhores decisões online, forjando um ecossistema cada vez mais seguro, confiável e responsável. Convém destacar ainda que os instrumentos legislativos mencionados reforçam a importância da educação digital, reconhecendo, assim, uma amplitude maior ao próprio conteúdo e ao significado do direito fundamental à educação. Reforçam ainda a ideia de autonomia progressiva, implícita no §1º do artigo 14 da LGPD, de que apenas o tratamento de dados pessoais de crianças exigirá o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, evidentemente, respeitando-se o princípio do melhor interesse. Ainda que possam representar significativo avanço, tais instrumentos legislativos necessitam ser concretizados. Nos termos do Estudo Preliminar, “a ANPD poderá, no âmbito das suas competências, atuar também para promover a educação e a conscientização dos pais, responsáveis legais e desse grupo de vulneráveis quanto aos seus direitos e tratamento dos seus dados pessoais” (ANPD, 2022). A educação digital, a propósito, toma lugar preponderante no atual contexto, vez que se trata de pressuposto inarredável para a proteção da pessoa humana no mundo digital, bem como da superação da divisão digital que ora grassa no Brasil.

6. O consentimento específico e em destaque mediante a educação digital

O Estudo Preliminar, realizado pela ANPD, considera a relevância da educação digital para todos. Nessa linha, a educação digital poderá contribuir para que o consentimento fornecido possa ser, efetivamente, orientado e informado, conseqüentemente, livre e em conformidade com o princípio do melhor interesse. Assim orienta o referido Estudo Preliminar: a regra específica estabelecida no §1º do art. 14 deve ser interpretada em harmonia com a regra geral prevista no caput do mesmo artigo. Ou seja, o consentimento para o tratamento de dados pessoais de crianças poderá ser utilizado, sempre de forma específica e em destaque, conferido por pelo menos um dos pais ou responsável legal, desde que essa seja a hipótese legal mais apropriada ao caso concreto e de acordo com o melhor interesse da criança. Por certo, assegurar a educação digital para todos permitirá aos pais ou aos responsáveis legais a

possibilidade de melhor compreender o contexto digital e, além disso, incentivará a autonomia progressiva das crianças e dos adolescentes, de modo que estejam capacitados para a tomada de melhores decisões online, protagonizando a cidadania digital plena. Outro ponto trabalhado no Estudo Preliminar e que merece destaque, diz respeito à expressão denominada “fadiga de consentimento”, vale dizer, reconhecer o consentimento parental como a única hipótese legal aplicável para o tratamento de dados pessoais de crianças, pode ocasionar um desgaste no consentimento, pois atribuiria aos pais ou responsáveis legais excessivas demandas e requisições, fazendo com que nem sempre seja possível resguardar a devida proteção ao melhor interesse da criança. Relevante admoestar ainda que se trata de anuência que pode ser retirada a qualquer momento. Para além do adensamento das políticas voltadas para a educação digital, a interpretação mais apropriada sugere a importância e a radicalidade de assegurar o emprego de uma linguagem clara, suficiente, adequadamente disponibilizada e acessível para que se possa compreender os Termos de Uso das plataformas, sobretudo em consonância com o tempo e o grau de maturidade da pessoa. Somente assim será possível falar em consentimento livre, genuíno, específico e devidamente informado, evitando-se colocar em risco o próprio princípio do melhor interesse.

7. Legal Design para a realização do consentimento específico e em destaque

Os deveres de proteção em relação aos direitos da criança e do adolescente não estão vinculados apenas à família, mas, igualmente à sociedade e ao Estado (art. 227, CF/88), incluindo-se aqui, de fato, as plataformas e provedores. Não se pode olvidar que o princípio da transparência e da segurança constitui o norte da LGPD, compreendendo-se, nessa perspectiva, a transparência e a adequação como parte intrínseca do dever de esclarecer/informar previamente acerca dos procedimentos e das técnicas, bem como ainda acerca da finalidade, do tempo de tratamento e do teor dos direitos que balizam todas as fases que envolvem o tratamento dos dados, em particular quando se tratar de crianças e de adolescentes. Nesse sentido, o Legal design parece se apresentar como uma alternativa, capaz de melhor orientar o consentimento, substituindo longos textos em linguagem obscura e, muitas vezes, incompreensível para a população em geral. Buscar alternativas como essa contribuem para uma leitura sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, tornando-se mais compatível como a arquitetura jurídico-constitucional de proteção a essa parcela da população. Interessa salientar que uma das precursoras em pesquisas sobre os benefícios do Legal design para permitir maior transparência e compreensão efetiva dos usuários em relação ao texto proposto nos Termos de Uso das plataformas, ou mesmo em contratos jurídicos, Margareth Hagan, da Universidade de Stanford e fundadora do Legal Design Lab, orienta que esta é uma forma de abordagem com vistas a trazer o usuário ao centro da tomada de decisões. Visto por outro ângulo, enfatiza-se, com essa medida que já se faz tendência, sobretudo na União Europeia e na China, a responsabilidade dos provedores e das plataformas. Assim, o Legal design está ancorado em uma perspectiva tríplice, que garante o pleno funcionamento da abordagem. Os elementos que a compõem são: a lei, a tecnologia e o design. Trata-se, portanto, de uma abordagem baseada na confluência de regulação por meio de lei, que se vale da tecnologia, mediante um design apropriado que facilita a compreensão dos usuários, titulares dos dados ou, quando for o caso, de seus pais ou responsáveis legais. A proposta do Legal design para garantir um efetivo consentimento orientado e informado já possui amparo na própria LGPD,

ao referir em seu art. 14, § 6º que: As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança. A tecnologia disponível, aliada à necessidade de garantir a transparência no tratamento dos dados de crianças e adolescentes, orienta para que os mecanismos e os instrumentos criados pelas plataformas possam contribuir para uma maior clareza a esse respeito, assegurando-se, assim, o princípio do melhor interesse, enquanto princípio orientador, no quadro dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Nesse sentido, a presente contribuição considera que o enunciado, proposto pela ANPD, é o que melhor garante a máxima aplicabilidade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no contexto digital, no que tange ao tratamento de seus dados pessoais. Assim dispõe o referido enunciado: O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei. Compreende-se que posicionamento, apresentado pela ANPD, está de acordo com os movimentos internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente no contexto digital, conforme anteriormente destacado, garantindo-se o respeito ao seu melhor interesse, independentemente dos interesses de terceiros, ainda que sejam estes, seus pais ou responsáveis legais. Conclusão A presente contribuição teve por finalidade reafirmar a essencialidade da proposta de interpretação das disposições internacionais, constitucionais e legais voltadas para o tratamento dos dados pessoais das crianças e adolescentes, apontada pela ANPD como a hipótese interpretativa que melhor se coaduna com o sistema de proteção das crianças e adolescentes, no panorama nacional. Nessa medida, a observância ao princípio do melhor interesse se sobrepõe aos interesses de terceiros, ainda que sejam estes, seus pais ou responsáveis legais, conforme destacado. Assim como dispõe o próprio Estudo Preliminar, isso não significa conferir um “cheque em branco” para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, mas sim, garantir maior flexibilidade, que é própria à natureza desse princípio para que possa ser efetivamente respeitado, de acordo com as situações apresentadas, especialmente quando se trata do contexto digital, cuja dinamicidade é ainda mais evidente, tornando difícil a tarefa de buscar antever todas as externalidades negativas, as quais podem afrontar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, notadamente no que tange ao tratamento dos seus dados pessoais. Finalmente, salienta-se a responsabilidade de todos, Estado e sociedade civil, na implementação do projeto de cidadania digital, a qual deverá ter o cuidado redobrado com a proteção dos vulneráveis. Referências: ANPD. Estudo Preliminar: Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. 2022. BRASIL. STJ: Terceira Turma considera melhor interesse da criança e mantém decisão que deu guarda unilateral ao pai. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06082020-Terceira-Turma-considera-melhor-interesse-da-crianca-e-mantem-decisao-que-deu-guarda-unilateral-ao-pai.aspx>. Acesso em: 30 de setembro de 2022. COMITE^ GESTOR DA INTERNET NO

BRASIL. Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil - TIC Kids Online Brasil 2020: edição COVID-19: metodologia adaptada - 1. ed. 2021. São Paulo: CGI.br. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211125083634/tic_kids_online_2020_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 30 de setembro de 2022. FLORIDI, Luciano. On the intrinsic value of information objects and the infosphere. *Ethics and Information Technology*, 4 (4), 2003. HAGAN, Margareth. Law by design. Disponível em: <https://lawbydesign.co/design-process/#understanding>. Acesso em 30 de outubro de 2022. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência Artificial Como Oportunidade para a Regulacão Jurídica. *RDU*, Porto Alegre, v. 16, n. 90, 2019, 11-38, nov-dez 2019. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. volume 5. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. MOURA RAMOS, Rui Manuel. Rupto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 144º, nº. 3992, Coimbra: Coimbra Editora, mai/jun, 2015. PRENSKY, Marc. Digital Natives, Digital Immigrants. *On the Horizon*. NCB University Press, vol. 9 no 5, October 2001. UNITED NATIONS. General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf. Acesso em: 29 de setembro de 2022.

Contribuinte: Gabriela Cruz Amato Teixeira

Número: OP-271144

Data: 07/11/2022 - 11:06

Contribuinte: Poliane Almeida Silva Dias

Número: OP-271159

Data: 07/11/2022 - 11:31

Resumo: "INTRODUÇÃO O ordenamento jurídico brasileiro impõe especial proteção para crianças e adolescentes, por reconhecer que tratam-se de pessoas em desenvolvimento. São exemplos de instrumentos jurídicos com regras específicas relacionados ao tema a Convenção Internacional do Direitos da Criança (recepcionada pelo Direito brasileiro através do Decreto nº 99.710/1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018), com objetivo similar ao das legislações antes citadas (qual seja, de proteger pessoas em desenvolvimento, em processo de aprendizado e amadurecimento), também determina a observância de requisitos quando dados pessoais de crianças e adolescentes são tratados - não poderia ser diferente, já que a ofensa aos direitos de personalidade, nos quais estão inclusos a privacidade e a própria proteção de dados pessoais em sentido amplo, pode resultar na causação de uma série de

danos. Destaca-se que operações de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes são realizadas frequentemente por uma série de organizações, públicas e privadas, que se relacionam com o referido público. Especificamente no cooperativismo, é possível afirmar que boa parte das cooperativas tratam dados pessoais do mencionado público, seja em razão de benefícios que são alcançados para dependentes de colaboradores ou de associados, seja nos casos em que menores aprendizes são contratados ou, ainda, nas situações em que serviços são prestados na área da saúde, financeira, agropecuária e em outros segmentos. As unidades estaduais das organizações que integram o Sistema OCB, igualmente, tratam dados pessoais de crianças e adolescentes em ações de promoção do cooperativismo. Diante das diversas interpretações distintas sobre a efetiva aplicação das disposições constantes no art. 14 da LGPD, que disciplina as condições para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, especialmente no que concerne às hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais deste público, submete-se à esta Autoridade as contribuições abaixo indicadas. Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes

Ao dispor de regras específicas sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, de fato, o legislador não contemplou uma série de variáveis que se apresentam nas operações que envolvem o tratamento de dados pessoais do referido público. Daí porque, inclusive, urgente a necessidade de que a regulamentação avance. Com efeito, na edição do art. 14º, parágrafo primeiro da LGPD, ao prever que o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado mediante a “o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”, o legislador não levou em consideração uma série de situações (desde o desenvolvimento de políticas públicas até a efetivação de atividades que envolvem o exercício regular de direitos ou a proteção da vida) cotidianas – que além de cotidianas, são necessárias para alcançar o princípio do “melhor interesse” das crianças e adolescentes. A exceção prevista no parágrafo terceiro do mesmo artigo, salienta-se, não é suficientemente adequada para as necessidades relacionadas às relações que são mantidas por crianças e por pessoas jurídicas de direito público, privado ou, ainda, por pessoas naturais que atuam na condição de controladoras. Para resolução do desalinhamento da previsão legal com as demandas que se apresentam no plano fático, já foram objeto de estudo por esta Autoridade e de produção acadêmica, três linhas interpretativas: a) a que indica que o consentimento é a única hipótese legal aplicável; b) a que conclui pela aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD; e c) a que argumenta a possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11º da LGPD.

Respeitadas as posições em contrário, é mais adequada a terceira linha interpretativa, qual seja, aquela que indica que dados pessoais de crianças e adolescentes podem ser tratados mediante a utilização das justificativas constantes nos arts. 7º e 11º da lei objeto de regulamentação por esta Autoridade. Tal afirmação, em síntese, encontra abrigo (i) no efetivo respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes; (ii) nas operações de tratamento de dados pessoais direcionadas para este público e suas respectivas finalidades; e (iii) na ausência de hierarquia entre as hipóteses legais previstas em lei para o tratamento de dados pessoais. Com relação ao princípio do melhor interesse da criança, enfatiza-se que o Comitê dos Direitos da Criança afirma, interpretando a Convenção sobre os Direitos da Criança, que a sua concretização ocorre quando são assegurados o desenvolvimento global da criança,

garantindo sua integridade física, psicológica, moral, espiritual e promovendo sua dignidade. Ainda, o já mencionado Comitê indica que o princípio pode ser interpretado como (i) direito fundamental (ou seja, estabelecendo que qualquer ação que envolva crianças deve ser realizada respeitando o referido princípio), (ii) um princípio interpretativo (ou seja, estabelecendo que quando determinada legislação ou disposição jurídica permitir diversas interpretações, deverá ser adotada a mais benéfica para a criança) e, ainda, (iii) uma regra procedimental (ou seja, estabelecendo que ações que envolvam crianças devem ser objeto de avaliação de possível impacto). O certo é que independentemente do viés interpretativo adotado para a compreensão e efetivação do melhor interesse da criança, as disposições do art. 14, parágrafo único, não permitem sua concretização. Exemplifica-se, com o desenvolvimento de políticas públicas para crianças, notadamente em razão do desenvolvimento educacional ou mesmo em temáticas relacionadas à saúde. Pela redação do texto legal antes referenciado, para que dados pessoais de crianças sejam tratados para tais iniciativas, seria indispensável o consentimento dos pais ou responsáveis legais. Ora, evidentemente não contemplado o melhor interesse da criança quando determinada ação necessária ao seu desenvolvimento físico, humano, educacional ou social fica à mercê do consentimento de terceiros, ainda que tais terceiros sejam os pais. Vale destacar, também, que ações vinculadas ao acesso à saúde e à educação são impositivas, independentemente do consentimento dos pais ou responsáveis legais. Exemplifica-se, também, com situações em que o tratamento de dados pessoais de crianças é indispensável para segurança e proteção da vida – igualmente, condicionar a realização da ação à obtenção de consentimento não concretiza o princípio do melhor interesse da criança. Conclui-se, portanto, que interpretação extensiva do sistema de proteção à criança e ao adolescente, representado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela própria Constituição Federal leva a necessidade de que outras hipóteses legais sejam permitidas para o tratamento de dados pessoais de tal público, inclusive diante da obrigatoriedade de concretização do princípio do melhor interesse. Além dos contornos relacionados ao melhor interesse da criança, convém que outras hipóteses legais possam ser utilizadas sob o viés das próprias operações de tratamento de dados pessoais direcionadas para crianças e adolescentes. São inúmeros os tratamentos de dados pessoais de crianças e adolescentes que decorrem da existência de contrato ou de pré-contrato em que a criança ou o adolescente sejam partes ou, no mínimo, sejam beneficiados pelas obrigações contratualizadas; igualmente, diversas atividades de tratamento de dados pessoais são realizadas para o cumprimento de disposições legais ou regulatórias ou, ainda, para prestação de serviços profissionalizados de saúde e para outras operações cotidianas. É justamente por isso, que, salvo juízo em contrário, também pela essência das próprias atividades que envolvem o tratamento de dados pessoais, o consentimento não pode ser a única hipótese legal disponível. Para complementação da argumentação acima, citam-se alguns exemplos: - Tratamento de dados pessoais de crianças por cooperativas que operacionalizam saúde suplementar Cooperativas que atuam na prestação de serviços profissionalizados de saúde tratam inúmeros dados pessoais e dados pessoais sensíveis de crianças em razão da contratação dos referidos serviços – tanto em contratos individuais, quanto em contratos coletivos. Em razão das obrigações contratuais assumidas e, conseqüentemente, da prestação de serviços de saúde

(que via de regra ocorre de forma descentralizada e contando com vasta rede de apoio – médicos associados às cooperativas, laboratórios, hospitais, centros de reabilitação e outros serviços de saúde) indispensável o tratamento de dados pessoais do referido público para as atividades objeto da contratação. Note-se que nas atividades que decorrem do contrato estabelecido com as cooperativas de saúde para regular a prestação de serviços de saúde é mais adequado que as hipóteses legais previstas nos incisos V e VIII do art. 7º, bem como as hipótese legais indicadas na alínea “f”, inciso II, do art. 11º, sejam utilizadas. Destaca-se que a própria natureza das obrigações contratuais e o dever de que sejam efetivamente realizadas, nos termos da contratação, inviabiliza que tais atividades sejam justificadas com a hipótese legal do consentimento, já que, em razão de previsões contratuais legítimas e regulares, o próprio exercício de revogação poderá não ser implementado. - Tratamento de dados pessoais de crianças em atividades de promoção do cooperativismo se que pela breve descrição da atividade, é possível notar que envolve escolas públicas, as quais, infelizmente, neste momento, não possuem, medidas e processos para cumprimento efetivo da LGPD. Por tal razão, condicionar a participação dos alunos à obtenção de consentimento e posterior gestão de tais consentimentos (que, demandaria participação significativa da escola), poderia gerar a falta de adesão do projeto e sua consequente suspensão. A utilização da hipótese legal do legítimo interesse, diante dos dados pessoais coletados (nome e escolaridade), desde que realizada avaliação de legítimo interesse e confeccionado Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, parece, pela essência da atividade, ser mais adequada. - Tratamento de dados pessoais de crianças em atividades de monitoramento de ambientes Diariamente, em milhares de cooperativas, assim como no Sistema OCB e nas suas respectivas unidades localizadas em todos os estados do país, ambientes são monitorados através da captação de imagens e, em alguns casos, de voz. Tais ambientes também são frequentados por crianças. A partir da disposição do parágrafo único do art. 14, é possível concluir que, ainda nestes casos (ou seja, no tratamento do dado pessoal “imagem” para fins de monitoramento de ambientes) o consentimento seria impositivo. Uma vez mais, identifica-se a incompatibilidade da utilização da referida hipótese legal em razão das finalidades e da essência da atividade que gera o tratamento de dados pessoais; as bases legais de proteção da vida (especialmente em cooperativas de crédito) e de legítimo interesse, parece-nos, seriam mais adequadas. - Tratamento de dados pessoais de crianças por cooperativas de crédito As cooperativas de crédito ocupam lugar de destaque no cooperativismo brasileiro, não só pelas transformações positivas que produzem nos ecossistemas em que estão inseridas, mas pelo volume de associados. Referidas cooperativas disponibilizam aos seus associados uma série de serviços relacionados ao crédito, sendo certo que alguns deles podem demandar o tratamento de dados pessoais de crianças – especialmente, nos casos em que são criadas contas correntes ou contas poupança para crianças. Nestas situações, as obrigações também decorrem de ajustes e obrigações contratuais, formalizados de acordo com Resoluções do Banco Central e com a própria legislação civil. Determinadas atividades, neste mesmo contexto, podem também ser realizadas por força de disposições legais, tais como, exemplificadamente, aquelas que decorrem da Resolução 4893/21 do Banco Central. Por consequência, salvo entendimento em contrário, o consentimento também não é compatível com operações de tratamento de dados pessoais deste contexto originadas. - Tratamento de dados pessoais de crianças na relação

entre empregadores e empregados. Em razão de disposições legais aplicáveis à relação mantida entre empregadores e empregados, dados pessoais de crianças são tratados em atividades que envolvem a disponibilização e gestão de benefícios trabalhistas obrigatórios (salário família, por exemplo) e em benefícios não obrigatórios (como auxílio para pagamento de creches, planos de saúde ou odontológicos, dentre outros). Nestas circunstâncias, igualmente, em razão da essência das atividades realizadas e da sua respectiva relação com o cumprimento de obrigações impostas por leis ou obrigações previstas no contrato de trabalho, parece-nos que as hipóteses legais mais adequadas seriam aquelas previstas no art. 7º, inciso II e V. Através dos exemplos apresentados acima, com aplicabilidade para o cooperativismo, mas também para inúmeras outras pessoas jurídicas, é inafastável a conclusão de que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes não pode ser considerado regular apenas se realizado com consentimento dos pais ou dos responsáveis legais. As finalidades e a essência, inclusive jurídica, de uma série de atividades que envolvem o referido público não são compatíveis com o consentimento e seus efeitos. Dessa forma, não apenas diante da necessidade de concretização do princípio do melhor interesse, mas também de adequação das bases legais ao contexto do tratamento de dados pessoais, sugere-se que outras hipóteses legais sejam permitidas para justificar o tratamento de dados pessoais de crianças e, também, de adolescentes. Sinaliza-se, ainda, que é indispensável que esta Autoridade destaque o que a própria LGPD já sugere: não há hierarquia entre bases ou hipóteses legais. O que há, em verdade, é a base legal mais adequada para o contexto da operação de tratamento de dados pessoais que está ou que será realizada por determinada organização. Nota-se que no Brasil, são diversas as organizações que implementam suas medidas de adequação à LGPD considerando o consentimento a base legal mais apropriada em qualquer circunstância, o que afronta, inclusive, o princípio da transparência. Ora, um controlador não deve utilizar a hipótese do consentimento nas ocasiões em que outras hipóteses são mais adequadas ao tratamento de dados pessoais que está sendo realizado. Vale lembrar, a título de comparação, que no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia além de não haver qualquer previsão de hierarquia de bases legais, o consentimento também não é a única hipótese para que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes seja considerado regular. Algumas Autoridades da União Europeia, inclusive, publicaram guias que reforçam a possibilidade de utilização de outras bases legais, é o caso dos material disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/children/>. Por fim, salienta-se que a possibilidade de justificar o tratamento de dados pessoais de crianças com outras bases legais que não apenas o consentimento, não esvazia a especial proteção que a este público deve ser direcionada. Isso porque, permanece mantida a necessidade de respeito ao princípio do melhor interesse da criança (e também do adolescente), além da adoção de todas as outras medidas contidas na LGPD e nos demais parágrafos do art. 14. Considera-se, assim, acertada a conclusão do estudo preliminar divulgado por esta Autoridade e o enunciado constante no item “81” do mencionado estudo – já que a conclusão do enunciado permite justamente o equilíbrio das variáveis acima apresentadas: a efetivação do princípio do melhor interesse, a utilização das hipóteses legais mais adequadas para o tratamento de dados pessoais realizado pelo controlador e, ainda, a ausência de hierarquia entre bases legais. São diversas as iniciativas

realizadas pelo Sistema OCB para promoção do cooperativismo no país. Dentre tais ações, algumas são direcionadas justamente para crianças e adolescentes, é o caso das cooperativas escolares. Através de ações organizadas com escolas públicas, os alunos participantes (dentre os quais, inclusive, crianças) conhecem os princípios do cooperativismo, seu papel para o desenvolvimento econômico e social, e simulam a formação de uma sociedade cooperativa por meio da realização de determinados atos, tais como os objetivos da cooperativa, as atas de constituição, editais de convocação de associados e estatuto social. Na medida em que os próprios participantes (crianças e adolescentes) são os associados das cooperativa fictícias por eles estruturadas, dados pessoais como “nome” e “escolaridade” são tratados. A participação na iniciativa em comento, evidentemente, é optativa. Note-se que pela breve descrição da atividade, é possível notar que envolve escolas públicas, as quais, infelizmente, neste momento, não possuem, medidas e processos para cumprimento efetivo da LGPD. Por tal razão, condicionar a participação dos alunos à obtenção de consentimento e posterior gestão de tais consentimentos (que, demandaria participação significativa da escola), poderia gerar a falta de adesão do projeto e sua consequente suspensão. A utilização da hipótese legal do legítimo interesse, diante dos dados pessoais coletados (nome e escolaridade), desde que realizada avaliação de legítimo interesse e confeccionado Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, parece, pela essência da atividade, ser mais adequada.

- Tratamento de dados pessoais de crianças em atividades de monitoramento de ambientes Diariamente, em milhares de cooperativas, assim como no Sistema OCB e nas suas respectivas unidades localizadas em todos os estados do país, ambientes são monitorados através da captação de imagens e, em alguns casos, de voz. Tais ambientes também são frequentados por crianças. A partir da disposição do parágrafo único do art. 14, é possível concluir que, ainda nestes casos (ou seja, no tratamento do dado pessoal “imagem” para fins de monitoramento de ambientes) o consentimento seria impositivo. Uma vez mais, identifica-se a incompatibilidade da utilização da referida hipótese legal em razão das finalidades e da essência da atividade que gera o tratamento de dados pessoais; as bases legais de proteção da vida (especialmente em cooperativas de crédito) e de legítimo interesse, parece-nos, seriam mais adequadas.

- Tratamento de dados pessoais de crianças por cooperativas de crédito As cooperativas de crédito ocupam lugar de destaque no cooperativismo brasileiro, não só pelas transformações positivas que produzem nos ecossistemas em que estão inseridas, mas pelo volume de associados. Referidas cooperativas disponibilizam aos seus associados uma série de serviços relacionados ao crédito, sendo certo que alguns deles podem demandar o tratamento de dados pessoais de crianças – especialmente, nos casos em que são criadas contas correntes ou contas poupança para crianças. Nestas situações, as obrigações também decorrem de ajustes e obrigações contratuais, formalizados de acordo com Resoluções do Banco Central e com a própria legislação civil. Determinadas atividades, neste mesmo contexto, podem também ser realizadas por força de disposições legais, tais como, exemplificadamente, aquelas que decorrem da Resolução 4893/21 do Banco Central. Por consequência, salvo entendimento em contrário, o consentimento também não é compatível com operações de tratamento de dados pessoais deste contexto originadas.

- Tratamento de dados pessoais de crianças na relação entre empregadores e empregados Em razão de disposições legais aplicáveis à relação mantida entre empregadores e empregados, dados pessoais de crianças são tratados em

atividades que envolvem a disponibilização e gestão de benefícios trabalhistas obrigatórios (salário família, por exemplo) e em benefícios não obrigatórios (como auxílio para pagamento de creches, planos de saúde ou odontológicos, dentre outros). Nestas circunstâncias, igualmente, em razão da essência das atividades realizadas e da sua respectiva relação com o cumprimento de obrigações impostas por leis ou obrigações previstas no contrato de trabalho, parece-nos que as hipóteses legais mais adequadas seriam aquelas previstas no art. 7º, inciso II e V. Através dos exemplos apresentados acima, com aplicabilidade para o cooperativismo, mas também para inúmeras outras pessoas jurídicas, é inafastável a conclusão de que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes não pode ser considerado regular apenas se realizado com consentimento dos pais ou dos responsáveis legais. As finalidades e a essência, inclusive jurídica, de uma série de atividades que envolvem o referido público não são compatíveis com o consentimento e seus efeitos. Dessa forma, não apenas diante da necessidade de concretização do princípio do melhor interesse, mas também de adequação das bases legais ao contexto do tratamento de dados pessoais, sugere-se que outras hipóteses legais sejam permitidas para justificar o tratamento de dados pessoais de crianças e, também, de adolescentes. Sinaliza-se, ainda, que é indispensável que esta Autoridade destaque o que a própria LGPD já sugere: não há hierarquia entre bases ou hipóteses legais. O que há, em verdade, é a base legal mais adequada para o contexto da operação de tratamento de dados pessoais que está ou que será realizada por determinada organização. Nota-se que no Brasil, são diversas as organizações que implementam suas medidas de adequação à LGPD considerando o consentimento a base legal mais apropriada em qualquer circunstância, o que afronta, inclusive, o princípio da transparência. Ora, um controlador não deve utilizar a hipótese do consentimento nas ocasiões em que outras hipóteses são mais adequadas ao tratamento de dados pessoais que está sendo realizado. Vale lembrar, a título de comparação, que no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia além de não haver qualquer previsão de hierarquia de bases legais, o consentimento também não é a única hipótese para que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes seja considerado regular. Algumas Autoridades da União Europeia, inclusive, publicaram guias que reforçam a possibilidade de utilização de outras bases legais, é o caso dos material disponível em <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/children/>. Por fim, salienta-se que a possibilidade de justificar o tratamento de dados pessoais de crianças com outras bases legais que não apenas o consentimento, não esvazia a especial proteção que a este público deve ser direcionada. Isso porque, permanece mantida a necessidade de respeito ao princípio do melhor interesse da criança (e também do adolescente), além da adoção de todas as outras medidas contidas na LGPD e nos demais parágrafos do art. 14. Considera-se, assim, acertada a conclusão do estudo preliminar divulgado por esta Autoridade e o enunciado constante no item “81” do mencionado estudo – já que a conclusão do enunciado permite justamente o equilíbrio das variáveis acima apresentadas: a efetivação do princípio do melhor interesse, a utilização das hipóteses legais mais adequadas para o tratamento de dados pessoais realizado pelo controlador e, ainda, a ausência de hierarquia entre bases legais.

Contribuinte: GABRIEL RIBEIRO TRIVELINO

Número: OP-271191

Data: 07/11/2022 - 12:12

Resumo: "Como empresa atuante no mercado educacional desde 1968, especializada em fornecer soluções que, aliadas à proposta pedagógica de cada instituição de ensino da educação básica (que compreende desde a educação infantil até o ensino médio), sejam capazes de potencializar o desenvolvimento e o aprendizado das crianças e dos adolescentes, e considerando a digitalização e desenvolvimento tecnológico, vimos apresentar nossa contribuição à tomada de subsídios sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, de forma breve e objetiva. Inicialmente, esclarecemos que nosso entendimento segue em consonância ao apresentado nas conclusões pela ANPD em seu Estudo Preliminar, já que, o consentimento como única hipótese legal ao tratamento dos dados de crianças cria inúmeras situações de dificuldade prática, inviabilizando a aplicação adequada das demais bases legais, dificultando ou até mesmo impossibilitando a obtenção do consentimento no formato exigido pela legislação, o que inviabiliza diversas atividades de tratamento que seriam realizadas no melhor interesse das crianças e adolescentes. Já em relação a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD, também entendemos não ser o melhor caminho, uma vez que além do rol ser taxativo, a aplicação mencionada pode realmente inviabilizar situações triviais, sem falar que não gera quaisquer avanços em relação a preservação do melhor interesse das crianças e adolescentes, de maneira prática e eficiente. Desta maneira, entendemos que a interpretação sobre a aplicabilidade das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, com foco no melhor interesse do menor, representa a opção mais adequada, pois permitirá análise caso a caso. Sendo assim, nos manifestamos a favor da interpretação nº 3 apresentada pela ANPD em seu Estudo Preliminar, com uma breve sugestão do enunciado: O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sempre que realizado no melhor interesse desses.

Contribuinte: Adrielle campos da silva

Número: OP-271192

Data: 07/11/2022 - 12:15

Contribuinte: Alessandra Rigueti Barcellos

Número: OP-271199

Data: 07/11/2022 - 12:21

Resumo: "A Associação Brasileira de Planos de Saúde – ABRAMGE, representante em nível nacional de operadoras de planos de saúde, e a Associação Brasileira de Planos Odontológicos – SINOG, representante nacional de operadoras de planos odontológicos, contribuem com a presente Tomada de Subsídios, representadas por sua Encarregada de Proteção de Dados que esta subscreve. Inicialmente, a ABRAMGE e SINOG manifestam-se de acordo com a interpretação nº 3 – “possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD” prevista no item 3.3 do “Estudo Preliminar – Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes” emitido por esta Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Adicionalmente ao material produzido pela ANPD, dividimos a seguir alguns insumos e pedidos a serem analisados e considerados por esta r. Autoridade em seu processo de regulamentação. Contribuições ABRAMGE e SINOG

- 1) Dados pessoais de crianças e adolescentes no contexto da saúde: Que a ANPD reconheça, de forma expressa, que o controlador, ao tratar dados do menor de idade, estará atuando em seu melhor interesse, quando a atividade de tratamento vise proteger e apoiar a sua saúde, seu bem-estar e seu desenvolvimento físico e psicológico. Assim sendo, reconhecendo o melhor interesse das atividades com essas finalidades, caberá ao agente de tratamento atribuir a base legal mais adequada, conforme os arts. 7 e 11 da LGPD.
- 2) Comunicação com o titular nos casos de menores de idade: Que a ANPD, nos casos de titulares de dados menores de idade, determine que a comunicação, acerca das informações relativas às atividades de tratamento de dados relacionados à saúde, deve ser direcionada diretamente aos pais ou responsáveis, tendo em vista a complexidade dessas atividades e o status de pessoa em desenvolvimento atribuído às crianças e adolescentes pela Constituição Federal. Caso se entenda que as informações podem ser direcionadas diretamente ao titular nos casos dos adolescentes (12 anos completos até 18 anos incompletos), sugere-se que a ANPD reforce o entendimento de que não se exime os pais e responsáveis da responsabilidade de assistir esse grupo na avaliação das informações acerca do tratamento de dados pessoais.
- 3) Esforço conjunto para conscientização da sociedade acerca das melhores práticas relativas ao tratamento de dados de menores de idade: Que a ANPD ressalte a obrigação conjunta dos pais e responsáveis, dos agentes de tratamento e do próprio Estado, no que se refere à capacitação da sociedade para avaliação da adequação da atividade de tratamento de dados do menor, bem como na verificação de seu melhor interesse, cabendo às empresas apresentar de forma clara e compreensível as informações acerca das atividades de tratamento por elas promovidas. Reforçamos o compromisso das Entidades (ABRAMGE e SINOG) com o fortalecimento da cultura de privacidade e proteção de dados no Brasil. At.te, Camila Castioni

Contribuinte: Camila Castioni Secundino

Número: OP-271200

Data: 07/11/2022 - 12:21

Resumo: "À AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD) CONTRIBUIÇÃO PARA A TOMADA DE SUBSÍDIOS SOBRE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES A. Preliminar: limites da

possibilidade de interpretação. Em que pese, nos termos do art. 55-J, XX, da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), se encontre no escopo da ANPD “deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos”, a proposta apresentada nesta tomada de subsídios extrapola tais limites no que toca especificamente ao art. 14, §1º. O que se propõe no estudo técnico preliminar é a mudança de um modelo que é mais restritivo no que toca às bases legais do tratamento de dados de crianças e adolescentes, para outro em que haveria flexibilização, oferecendo, portanto, menos proteção, em desacordo com o texto expresso da LGPD. Não se pode sequer falar que a necessidade de exceções não foi alvo de reflexão quando da elaboração da LGPD, já que, no próprio art. 14, §3º, se encontra o apontamento de exceção. Apesar de a lei ser sujeita a interpretação, extrapola tal expediente a determinação de um sentido que dela não pode ser extraído. Assim, essa mudança que se pretende alcançar a partir dessa tomada de subsídio não é realizável, exceto por modificação do texto da LGPD, a ser realizada pelo Legislativo. O texto a seguir desenvolvido, portanto, se fundamenta na importância do debate sobre o tema, mas já partindo do pressuposto de que a discussão deixa de fora qualquer modificação no supracitado dispositivo.

B. Preliminar: da exclusão da discussão sobre capacidade A argumentação desenvolvida a partir do “parágrafo 8” do estudo técnico pretende excluir da discussão questões envolvendo capacidade. Para efeito específico de como foi direcionada a presente tomada de subsídio, até se entende a exclusão de discussões que envolvam a capacidade, já que as propostas apresentadas não buscam discutir diretamente a possibilidade de haver consentimento pelo menor, mas sim a inclusão de outras hipóteses autorizadoras do tratamento de dados. Entretanto, levando em conta discussões colaterais que podem surgir ao longo desta tomada de subsídio, não parece que o tema possa ser desprezado no debate. Surge, no próprio subsídio, discussão sobre a diferente exigência de requisito da criança e do adolescente, no que toca ao consentimento. Inclusive, a diferenciação entre o modo de tomada de consentimento entre o art. 14, caput e o seu §1º, é problemática por criar requisitos diversos para crianças e adolescentes, sem que tal dialogue com a divisão realizada no Código Civil entre absolutamente e relativamente incapazes em função da idade. A cisão entre crianças e adolescentes é útil para discussões sobre a autonomia envolvendo aspectos jurídicos existenciais, vez que há a presunção de amadurecimento com o avanço em direção à maioridade, mas em nada modifica o critério de capacidade de exercício que, frise-se mais uma vez, continuará sendo relevante, ainda que diante da opção apresentada no estudo técnico da ANPD de não abordar o assunto. Ademais, a discussão sobre consentimento em proteção de dados não pode ser desvinculada da discussão sobre capacidade, já que o consentimento possui natureza jurídica de negócio jurídico (REQUIÃO, 2022; DANTAS, COSTA, 2020). Sendo assim, sujeitos civilmente incapazes são também incapazes de emitir, sem qualquer assistência, consentimento válido para tratamento de dados. A proteção da incapacidade, inclusive, se coaduna com a garantia do melhor interesse da criança, disposto no art. 14 da LGPD. É que a incapacidade, com todas as ressalvas que podem ser feitas à afirmação a seguir, é pensada como instrumento de proteção do incapaz (REQUIÃO, 2015). Assim, modificação de requisitos para práticas de atos jurídicos, que não pensem no impacto da retirada da proteção da incapacidade, correm risco de trazer sérios prejuízos aos incapazes.

C. Da equiparação entre o tratamento de

dados de crianças e adolescentes com o tratamento de dados sensíveis. De início, cabe indicar que, embora o estudo técnico apresente apenas três possibilidades de interpretação sobre o art. 14, essas não são as únicas possíveis. Cite-se, apenas a título de exemplo, o estudo realizado por Fernandes e Medon (2021), que oferece solução diversa das três opções oferecidas no estudo técnico preliminar. Assim, já de saída, o indicado é que a discussão com a sociedade não se restrinja às hipóteses fornecidas, mas abarque também outras possibilidades. Partindo entretanto, das hipóteses apresentadas pela ANPD, nota-se que há clara destinação na construção do estudo em favor de uma das hipóteses apresentadas, a saber, a “interpretação n.º3”, que, de já se esclarece, não parece ser a melhor. O foco, a partir daqui, será na demonstração de que a melhor hipótese, dentre as apontadas, é a nomeada como “interpretação n.º2”. Desde o parágrafo 59, o estudo técnico pretende negar a possibilidade da interpretação do tratamento dos dados pessoais da criança e adolescente como dados sensíveis, a partir da afirmação de não se encontrarem estes expressamente elencados como tais no art. 5º, II, da LGPD. Esta afirmação, entretanto, tem problemas na essência da sua construção. Não há, na definição de dado sensível, apresentada no citado artigo, nenhum suporte fático que implique em interpretação restritiva do rol de dados sensíveis ali encontrado. O argumento que aqui se apresenta encontra fundamento na proximidade entre a proteção de dados pessoais e os direitos da personalidade. Embora aqueles estejam entrando na luz das discussões no momento, sobre os últimos já de longa data tem a doutrina consenso sobre considerar que a enumeração trazida no Código Civil de 2002 tem caráter exemplificativo (BORGES, 2007). Isto se dá justamente por serem fruto de construção histórica, sujeitos à necessidade de sua ampliação a partir das mudanças sociais, culturais e tecnológicas, de modo que qualquer pretensão em sua limitação a determinado rol feriria a lógica da categoria e, por conseguinte, também a dignidade da pessoa humana, apontada como cláusula geral dos direitos da personalidade. Argumento similar, aliás, é desenvolvido no próprio estudo técnico, ao apontar, o caráter dinâmico e contextual do melhor interesse da criança, com base no Comentário Geral nº 25 sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital, do Comitê dos Direitos da Criança da ONU. Haveria contrariedade dos fundamentos apresentados pelo estudo técnico, portanto, ao pretender negar a possibilidade de interpretação do tratamento à luz do art. 11, alegando que se trataria de rol taxativo, quando em verdade não o pode ser. Além do mais, independentemente de serem ou não os dados das crianças e adolescentes considerados dados sensíveis, uma interpretação ampliada das hipóteses de tratamento deveria, no mínimo, seguir, por analogia, o outro regramento também destinado à proteção dos mais vulneráveis, que é justamente o relativo aos dados sensíveis. Nesse sentido é que vem se desenvolvendo na doutrina a ideia de “tratamento sensível de dados pessoais”. Esse entendimento, inclusive, foi plasmado no enunciado 690, da IX Jornada de Direito Civil, com o seguinte texto: “ENUNCIADO 690 – A proteção ampliada conferida pela LGPD aos dados sensíveis deverá ser também aplicada aos casos em que houver tratamento sensível de dados pessoais, tal como observado no §1º do art. 11 da LGPD”. A tendência, acredita-se, é que com a evolução da discussão sobre o tema, se chegue à conclusão de que os dados sensíveis enumerados na LGPD se constituem como um rol enumerativo, pois, somente assim, é que se alcançará a efetiva tutela da dignidade da pessoa humana. O tratamento de dados pessoais sensíveis, com

suas peculiaridades previstas nos arts. 11 a 13 da LGPD, é, portanto, aquele que se encontra mais vocacionado a pensar a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, como são as crianças e adolescentes. Parece difícil, por exemplo, caso fosse adotada a “interpretação n.º3”, realizar a compatibilização entre melhor interesse da criança e legítimo interesse, em diversas situações. Assim, por tudo quanto apresentado, se defende que, se uma das hipóteses apresentadas deve ser adotada, que seja a trazida na “interpretação n.º2”, por ser dentre todas, a que realiza ampliação com maior cautela e melhor aproximação com categoria pensada para a proteção de vulneráveis. Maurício Requião Professor Adjunto de Direito Civil da UFBA Líder do grupo de pesquisa “Autonomia e Direito Civil contemporâneo” Advogado Contato: maurequiao@gmail.com – (71)99197-2322 D. Referências BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. DANTAS, Juliana de Oliveira Jota; COSTA, Eduardo Henrique. A natureza jurídica do consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados: ensaio à luz da teoria do fato jurídico. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020. FERNANDES, Elora; MEDON, Filipe. Proteção de crianças e adolescentes na LGPD: desafios interpretativos. In: Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4 n. 2, maio./ago. 2021. REQUIÃO, Maurício. Estatuto da pessoa com deficiência e interdição. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. _____. A natureza jurídica do consentimento para tratamento de dados pessoais. In: REQUIÃO, Maurício. Proteção de dados pessoais: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2022.

Contribuinte: MAURICIO REQUIAO DE SANT ANA

Número: OP-271201

Data: 07/11/2022 - 12:22

Resumo: : "Contribuições da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT) à Tomada de subsídios sobre proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

Link:<https://www.gov.br/participamaisbrasil/enunciado-criancas-e-adolescentes> À AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - ANPD A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO – (ABERT), entidade que congrega a categoria econômica de radiodifusão sonora e de sons e imagens, encaminha abaixo suas CONTRIBUIÇÕES à Tomada de subsídios sobre proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Inicialmente, a ABERT gostaria de destacar a consistência do Estudo Técnico Preliminar a respeito das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (“Estudo Técnico”) publicado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”), em setembro de 2022, com base no artigo 55-J, inciso VII, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados, “LGPD”). A partir do referido Estudo Técnico, a ANPD concluiu, em enunciado, que “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados

sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei”, o que entendemos ser uma conclusão acertada, coerente e alinhada com as melhores práticas, inclusive, sob o ponto de vista da experiência internacional. Em que pese a robustez do Estudo Técnico apresentado e o equilíbrio do direcionamento proposto pela Autoridade, a ABERT passa a apresentar suas contribuições à presente Tomada de Subsídios, esperando colaborar para o aprofundamento e ampliação – na medida estritamente necessária – do debate sobre o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes. I.

CONCEITOS DE “CRIANÇA” E “ADOLESCENTE” De acordo com o Estudo Técnico que instrui a presente Tomada de Subsídios, destacam-se entre as normas a serem consideradas para a definição dos conceitos de criança e adolescente o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e a Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU. Enquanto o ECA estabelece que “crianças” são pessoas naturais com idade abaixo de 12 anos completos e “adolescentes” aquelas com idade entre 12 anos completos e 18 anos incompletos, a Convenção Sobre os Direitos das Crianças da ONU adota um conceito amplo, referindo-se apenas a “criança”, sem estabelecer distinção, de forma mais específica, entre crianças e adolescentes. A ver: “Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”. Nota-se, portanto, que a Convenção, visando a compatibilizar, dentre certos limites, as particularidades do ordenamento de cada país signatário, acaba não tomando para si a tarefa de fixar a idade limite entre o grupo das crianças e o dos adolescentes. Nesse sentido, em seu art. 41, estabelece que suas disposições não afetam normas que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que possam constar das leis de um Estado Parte ou de normas internacionais vigentes para esse Estado. Nesse contexto, recomenda-se que a ANPD ratifique, de forma expressa, que crianças são titulares de dados pessoais com até 12 anos incompletos e adolescentes são aqueles com 12 anos completos a 18 incompletos, alinhando-se ao disposto no artigo 2º do ECA. Dessa forma, estar-se-á não só garantindo os direitos do grupo das crianças e também dos adolescentes, mas evitar-se-á a criação de um subconjunto de conceitos para crianças e adolescentes aplicável ao campo da privacidade e proteção de dados, o que geraria dissonância e daria causa a insegurança jurídica, sem qualquer motivo aparente ou que, de fato, justifique tal medida. Há de se ter em mente, em primeiro plano, que o ECA é legislação especializada sobre a matéria e dialoga não só com espírito do art. 14 da LGPD, mas com outras normas já existentes em nosso ordenamento, fixando um limiar validado em diversos contextos para o acesso progressivo do menor aos meios de comunicação e fontes de informação, inserindo-o paulatinamente na vida em sociedade, inclusive no ecossistema digital. E, em segundo, que a Convenção sobre os Direitos das Crianças da ONU autoriza e ratifica tal opção regulatória. II. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA** O art. 14 §6º da LGPD, ao abordar de forma específica o fornecimento de informações acerca do tratamento de dados pessoais de crianças, determina: § 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao

entendimento da criança. [grifo nosso] Assim sendo, é importante identificar quais as consequências práticas do dispositivo em questão, é dizer, quais esforços serão demandados dos agentes que levarem adiante o tratamento de dados de menores. a) No tratamento de dados de crianças Imputar aos agentes de tratamento o dever de criar documentos apartados para informar crianças (menores de 12 anos, como se verá mais adiante) e seus responsáveis implicaria submetê-los a uma obrigação custosa e potencialmente inócua, ante a impossibilidade de garantir que crianças com diferentes idades e desenvolvimento intelectual conseguiriam, de fato, compreender as informações que lhe estariam sendo prestadas. Nesse caso, mantém-se fundamental a comunicação direta com os pais ou responsáveis, o que não exime, de nenhum modo, os agentes de tratamento de fornecer informações adequadas e claras, de forma a tornar acessível aos pais a compreensão das atividades desempenhadas com os dados dos menores. b) No tratamento de dados de adolescentes No caso do tratamento de dados de adolescentes, é perfeitamente possível que os agentes de tratamento elaborem documentos de transparência sobre o tratamento dos dados (como, por exemplo, políticas de privacidade e termos de uso) de fácil entendimento tanto para esse público quanto para adultos, pais e responsáveis. Isso ocorre porque adolescentes já possuem certo grau de discernimento e, em diversos casos, até mesmo um conhecimento elevado quando se trata do meio digital. Esse entendimento é corroborado pelo legislador, que já presumiu um discernimento maior por parte do adolescente quando o excluiu dos parágrafos do art. 14 da LGPD, que versam sobre a necessidade de consentimento parental, denotando, assim, ainda mais, a prescindibilidade do direcionamento de mensagens específicas a eles. Por isso, recomenda-se que a ANPD reconheça ser possível prestar, com a devida transparência, as informações relativas às atividades de tratamento por meio de documentos que estabeleçam, a um só tempo, comunicação eficaz tanto com os responsáveis quanto com os adolescentes, evitando, com isto, que haja um esforço duplicado, com a elaboração de documentos apartados para os adultos, responsáveis, e os adolescentes, o que, pelo exposto, não se justificara. No mais, parece restar também evidente que a comunicação deve ser dirigida diretamente aos responsáveis quando a atividade de tratamento envolver dados de menores de 12 (crianças) não havendo sentido, também nessa hipótese, demandar a elaboração de um documento informativo em separado. III. MELHOR INTERESSE a) Proporcionalidade do enunciado proposto. Aplicação prática do conceito de melhor interesse. Segundo as conclusões do Estudo Técnico, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º da LGPD, contanto que o tratamento em questão não contemple dados pessoais sensíveis (hipótese em que o tratamento deverá seguir o que dispõe o art. 11 da LGPD), e sempre observando o melhor interesse do menor. Tal proposta revela-se equilibrada, à medida em que dá contornos concretos ao conceito, ou, em verdade, ao postulado do melhor interesse, segundo o qual se deve proteger o menor, mas sem impedir que participe da vida digital e desfrute, com isto, de oportunidades de desenvolvimento. Explica-se. A superproteção dos jovens no universo digital pode, caso adotada, impedi-los de desenvolver capacidades valiosas. É nesse sentido que versa o relatório da UNICEF “Crescendo em um mundo conectado: compreendendo riscos e oportunidades para crianças na era digital”, publicado em novembro de 2019. O documento constata que os menores de idade que participam de mais atividades online

possuem mais habilidades digitais do que aqueles que têm menor participação; e, além disto, que menores com pais menos restritivos têm mais chances de se envolverem em atividades online, não apenas jogando games ou assistindo vídeos, mas também participando de atividades que desenvolvam sua criatividade e curiosidade por novos conhecimentos. Dessa forma, a UNICEF aconselha pais e responsáveis a facilitar o uso da Internet pelos menores, auxiliando-os a aprender e se desenvolver nesse meio. Ainda de acordo com o mesmo documento, “é importante ter em mente que o risco nem sempre conduz a danos. Crianças expostas a riscos online podem não sofrer danos se tiverem conhecimentos e resiliência para lidar com a experiência”. Portanto, proteger as crianças e os adolescentes e garantir seu melhor interesse não significa limitar suas oportunidades de consumir e produzir conteúdo, bem como informar-se e expressar-se, no mundo digital. O relatório ainda conclui que legisladores e reguladores devem adotar uma abordagem equilibrada e integrada no que se refere à regulamentação do uso da internet por menores de idade, de forma a reduzir os riscos aos quais esse grupo é submetido, mas sem limitar as oportunidades positivas para seu desenvolvimento presentes no mundo digital. Nesse sentido, o artigo 14 da LGPD não poderia, de fato, servir de base a uma proposta que impedisse o acesso de crianças e adolescentes a serviços e informações na internet. Uma proposta aderente ao conceito de melhor interesse deve, no entendimento da ABERT, permitir o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com fundamento nas hipóteses legais previstas no art. 7º da LGPD, ou, no caso de dados sensíveis, nas bases previstas no art. 11 da LGPD, desde que as demais salvaguardas debatidas ao longo das presentes contribuições sejam observadas, notadamente o exame da ‘legítima expectativa’ relacionado ao tratamento que se tiver em vista e o dever de informar, com transparência, o responsável e, também, o próprio adolescente à medida em este que tiver suficiente capacidade para discernir sobre as informações que lhe forem prestadas pelos agentes de tratamento.

b) Melhor interesse e a atividade publicitária. O tratamento de dados pessoais voltado à publicidade é uma realidade, não sendo diferente com os dados de menores. Cabe, contudo, deixar claro que a atividade publicitária, por si, não fere direitos de crianças e adolescentes. Pelo contrário, além de a atividade publicitária ser, em primeiro plano, lícita e protegida constitucionalmente (art. 220 da CF) – inclusive quando destinada a crianças –, existe um conjunto robusto de normas que regem a publicidade infantil, assegurando a proteção dos menores. Os cuidados a serem tomados estão delimitados no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em particular seu artigo 37, §2º, que veda a exploração da deficiência de julgamento e experiência da criança; e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que em seu artigo 79 veda a publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições nas publicações destinadas ao público infanto-juvenil. E, mais importante, no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevê, desde o seu texto original de 1978, detalhadas e importantes regras para a publicidade infantil, atualizadas e alinhadas aos cuidados adotados pela vasta maioria de países e aplicadas, desde então, de forma contínua e permanente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. Além disso, o CONAR sugere que a supervisão e participação dos pais e responsáveis deve ser fomentada nas atividades da criança no ambiente digital e que, nos casos de tratamento de dados pessoais, não se deve solicitar ou induzir crianças a compartilharem seus dados e nem os utilizar em desacordo com

a LGPD. Inegável, portanto, que a publicidade voltada a menores de idade é uma atividade legítima e autorizada, não havendo pelo que se coibir o tratamento de dados com tal finalidade, desde, é claro, que não sejam violadas a leis e regulamentos aplicáveis. Não por acaso o ICO reconhece e autoriza a publicidade direcionada para crianças e adolescentes, desde que não apresente riscos para esse grupo e que esteja de acordo com os seguintes termos:

- A atividade de tratamento é adequada, proporcional e está de acordo com os requisitos e princípios da lei;
- O tratamento é realizado com uma base legal adequada e está informado de forma clara aos titulares ou aos seus pais e responsáveis; e
- Os dados do menor estão protegidos de forma suficiente e adequada.

Frente ao exposto, recomendamos que a ANPD reconheça a legalidade do tratamento de dados de menores voltado à atividade publicitária. Eventuais restrições, além de ilegais, pois contrárias à comunicação social, seriam prejudiciais não apenas aos agentes de tratamento, mas para o mercado publicitário, especialmente o brasileiro, como também para as crianças e os adolescentes, que ficariam alheios a uma vasta parcela dos serviços prestados e das informações disponibilizadas por meio de internet, que possuem ligação em maior ou menor grau com a divulgação de mensagens publicitárias.

IV. EXAME DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA

A conclusão apresentada pela ANPD em seu Estudo Técnico reflete o Enunciado 684 aprovado na IX Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que contou com a participação de ministros do STJ, juízes auxiliares, juristas de renome, magistrados relatores e especialistas convidados: 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 [grifo nosso]. Considerando que se reconhece a possibilidade de utilização de todas as bases legais para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, desde que respeitado seu melhor interesse, conclui-se também ser possível a adoção o legítimo interesse como uma dessas bases. Tal constatação torna fundamental a análise da legítima expectativa do titular, em linha com o art. 10, §2º da LGPD, segundo o qual a atividade de tratamento lastreada no legítimo interesse é lícita desde que respeitada, justamente, a legítima expectativa do titular. Para identificar se a legítima expectativa a ser considerada seria a do menor ou a do responsável, ou de ambos, torna-se necessário levar em conta o que dispõem os arts. 3º e 4º do Código Civil, segundo o qual menores de 16 anos são absolutamente incapazes de exercerem pessoalmente os atos da vida civil, fazendo-se necessária representação por parte dos seus responsáveis legais; e menores com 16 anos completos e que ainda não atingiram os 18 anos são considerados relativamente incapazes, bastando que sejam assistidos pelos responsáveis legais para que possam praticar os atos da vida civil. Diante deste quadro, entende-se que os agentes de tratamento deverão considerar a legítima expectativa dos pais ou responsáveis ao tratarem dados pessoais de menores de 16 anos, já que tais titulares são absolutamente incapazes; e do próprio titular com a chegada dos 16

anos. Por exemplo, um menor de 16 anos, ao abrir uma conta bancária, será assistido por seus pais ou responsáveis, os quais assinarão o contrato de abertura de conta e demais documentos. É razoável e pode-se considerar que há legítima expectativa de que os dados desse menor serão utilizados para prevenção à fraude, com base no legítimo interesse. Porém, tendo em vista a complexidade desse contrato e dessa atividade de tratamento, a legítima expectativa a ser levada em consideração não é do titular menor de idade, e sim daqueles que o assistiram na contratação do serviço. A situação, como dito, se torna diferente quando o titular completa 16 anos, passando a ser possível examinar diretamente sua legítima expectativa. Tanto é assim que a própria ANPD, na sua Nota Técnica 49/2022/CGF/ANPD, a partir da qual analisou as alterações promovidas na Política de Privacidade e nos Termos de Serviço do WhatsApp afirma: Mesmo discutível, é possível acreditar em algum grau de maturidade intelectual e capacidade cognitiva nos adolescentes. No entanto, esta condição difere-se enormemente de eventual conclusão no sentido de que estas pessoas estejam aptas de compreender toda a extensão e as consequências de termos e condições contratuais que, diversas vezes, se revelam ininteligíveis inclusive para adultos. [grifo nosso] Frente ao exposto, de forma a cumprir com o princípio da adequação previsto na LGPD, sugere-se que a ANPD determine, de forma expressa, que, nos casos em que o legítimo interesse for utilizado como base legal para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, as legítimas expectativas a serem consideradas são as dos pais ou responsáveis pelo menor de idade até os 16 anos incompletos. Ainda, poderão ser consideradas – isoladamente ou em conjunto, conforme o contexto da atividade de tratamento – as legítimas expectativas de adolescentes a partir de 16 anos completos, tendo em vista que o Código Civil os considera relativamente incapazes.

RESPONSABILIDADE CONJUNTA: PAIS, RESPONSÁVEIS, ESTADO E AGENTES DE TRATAMENTO. Não há dúvidas de que os agentes de tratamento, em conformidade com art. 6º da LGPD, devem respeitar o princípio da transparência, segundo o qual deve ser garantido, aos titulares, informações claras, precisas e facilmente acessíveis. Ainda assim, é importante ressaltar que o dever dos agentes de tratamento de informar os pais, responsáveis, bem como os próprios titulares, estende-se às atividades desempenhadas. Não se pode imputar às empresas, de forma exclusiva, a obrigação de educar pais e responsáveis acerca de quais práticas são consideradas adequadas para o tratamento de dados de menores. Tal entendimento traria um ônus desproporcional para esses agentes de tratamento, tendo em vista que há um campo de responsabilidade reservado à atuação dos próprios pais e também do Estado. Tanto é assim que o art. 55, VI da LGPD determina que a ANPD deve promover o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança para toda a população. Nesse mesmo sentido, o Marco Civil da Internet ressalta a responsabilidade do Estado em capacitar os cidadãos para o uso seguro, consciente e responsável da Internet: Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico. [grifo nosso] O art. 4 do ECA, por sua vez, também afirma que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar os direitos do menor de idade. Ademais, ainda que não possua caráter vinculante, mas sim

orientativo, o Enunciado 682 aprovado na IX Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe que o consentimento do adolescente para o tratamento dos seus dados pessoais não afasta a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis pelos atos praticados pelo menor no ambiente digital, reconhecendo a responsabilidade destes em relação ao comportamento do titular menor de idade. Veja-se: ENUNCIADO 682 – O consentimento do adolescente para o tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 14 da LGPD, não afasta a responsabilidade civil dos pais ou responsáveis pelos atos praticados por aquele, inclusive no meio digital. Justificativa: Ao dispensar o consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal para que haja o tratamento de dados pessoais de adolescentes, a Lei Geral de Proteção de Dados tão somente reconhece a redução gradual da autoridade parental face ao amadurecimento do menor, não afastando a obrigação de reparação dos responsáveis legais por atos on-line dos adolescentes. O disposto no art. 14, §1º, da LGPD, acolhe a realidade fática de inserção digital precoce e reconhece a gradativa construção da personalidade do adolescente no meio digital. Assim, a norma relativiza o regime das incapacidades do Código Civil de 2002, ao passo que faz prevalecer o entendimento de que à medida do crescimento, o adolescente adquire paulatinamente a capacidade de discernir e decidir, devendo ser respeitada a dimensão da responsabilidade consequente do ato a ser praticado. Por essa razão, não há afastamento da autoridade parental quanto aos atos praticados por adolescente no meio digital e que resultem em necessidade de reparação civil, como estabelece o art. 932, CC. Nessas hipóteses, continuam os pais sendo responsáveis pelos filhos menores que estejam sob sua autoridade e em sua companhia. Portanto, ainda que o agente de tratamento apresente as informações de suas atividades de forma adequada, será necessário um esforço conjunto para que haja conscientização dos pais e responsáveis, bem como dos adolescentes, acerca do melhor interesse dos menores de idade no tratamento de seus dados pessoais, da avaliação da adequação do tratamento e demais questões relacionadas à privacidade e à proteção de dados. Assim sendo, em conformidade com o ECA, o Marco Civil da Internet e a LGPD, recomenda-se que a ANPD ressalte a obrigação conjunta dos pais e responsáveis, dos agentes de tratamento e do próprio Estado, no que se refere à capacitação da sociedade para avaliação da adequação da atividade de tratamento de dados do menor, bem como na verificação de seu melhor interesse, cabendo às empresas apresentar de forma clara e compreensível as informações acerca das atividades de tratamento por elas promovidas. ***

Contribuinte: Rodolfo Salema

Número: OP-271261

Data: 07/11/2022 - 13:05

Resumo: : "CONTRIBUIÇÃO À TOMADA DE SUBSÍDIOS SOBRE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES De: Associação Brasileira de Sistemas e Plataformas Educacionais – ABRASPE Ref.: Estudo preliminar da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD 1. INTRODUÇÃO A Associação Brasileira de Sistemas e Plataformas Educacionais (ABRASPE) vem, por meio desta contribuição,

apresentar as suas considerações – com base na atuação que possui no setor educacional e editorial, provendo soluções educacionais para alunos da educação básica no Brasil– em resposta à abertura da tomada de subsídios acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes realizada pela ANPD em 08/09/2022. A ANPD disponibilizou um estudo preliminar (“Estudo Preliminar”) sobre o tema, em que abordou três interpretações a serem debatidas publicamente, as quais apresentam tanto pontos positivos quanto negativos. As interpretações trazidas foram: (i) Aplicação do consentimento (artigo 14, §1º, da LGPD) como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) Aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no artigo 11 da LGPD para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes; e (iii) Possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD. Assim, apresentaremos abaixo a nossa contribuição acerca do tema submetido à consulta, estando nosso entendimento em consonância ao apresentado nas conclusões pela ANPD em seu Estudo Preliminar. Sendo que, para exposição do nosso entendimento, abordaremos as três hipóteses trazidas pela ANPD, com fundamentos para que as premissas sejam refutadas ou acatadas, conforme o caso.

2. AS TRÊS INTERPRETAÇÕES TRAZIDAS NO ESTUDO PRELIMINAR

Antes de adentrarmos nas três interpretações trazidas pela ANPD, importante mencionar que é essencial em qualquer tratamento de dados pessoais que envolva dados de crianças e adolescentes, quer sejam sensíveis ou não, que o seu melhor interesse seja levado em grau máximo de consideração e que este conceito permeie todas as decisões a serem tomadas relacionadas ao tratamento. Isto porque, conforme o próprio artigo 14 da LGPD, em seu caput, diz: “o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”. Segundo o Comentário Geral nº 25 do Comitê de Direitos das Crianças da ONU sobre direito das crianças no ambiente digital: 12. O melhor interesse da criança constitui um conceito dinâmico que exige uma avaliação adequada em cada contexto específico. O ambiente digital não foi originalmente concebido para crianças e, no entanto, desempenha um papel importante nas vidas destas. Os Estados Partes devem garantir que, em todas as ações relativas à disponibilização, regulação, design, gestão e utilização do ambiente digital, o melhor interesse da criança constitui uma consideração primordial. Neste sentido, antecipamos que, exatamente como proposto pela ANPD, todas as bases legais previstas em lei devem ser consideradas para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, desde que respeitado seu melhor interesse

2.1. Interpretação nº 1 – Aplicação do consentimento (artigo 14, §1º) como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças

Na interpretação nº 1 abordada no Estudo Preliminar, analisa-se o cenário em que o consentimento seria a única base legal para fundamentar o tratamento de dados pessoais de crianças, excluindo a possibilidade de aplicação das hipóteses legais dos artigos 7º e 11 da LGPD, sendo este entendimento baseado na interpretação literal da redação atual do artigo 14, §1º da LGPD. Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Um ponto relevante abordado no Estudo Preliminar pontuou que o texto original do Projeto de Lei nº 4060/2012 (posteriormente convertido no texto vigente da

LGPD) inicialmente mencionava somente que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deveria ser realizado no seu melhor interesse, no entanto, o texto foi alterado durante a discussão do Projeto de Lei, em virtude do Parecer da Comissão Especial, para acrescentar a exigência do consentimento específico e em destaque dado por um dos pais ou pelo responsável legal. Como entendiam que a redação original não conferia proteção especial ao tratamento dos dados pessoais de crianças, por serem consideradas mais vulneráveis, a alteração foi feita com este objetivo de restringir as hipóteses de tratamento para as crianças a partir da exigência do consentimento. No entanto, esta proteção especial pode ser garantida por outros meios além da exigência exclusiva do consentimento, o que possibilitará que as demais bases legais previstas nos artigos 7º e 11 possam ser consideradas, contribuindo para assertividade da proteção ao melhor interesse da criança. O melhor interesse da criança está previsto no caput do artigo 14 da LGPD, mas já é um termo utilizado em todo o direito brasileiro e de grande importância ao se falar na proteção especial às crianças, pois a partir da proteção do seu melhor interesse, considerando o cenário de vulnerabilidade da criança, qualquer orientação ou decisão envolvendo o menor deve levar em conta o que é melhor e mais adequado para a satisfação dos seus anseios, podendo sobrepor, inclusive, aos interesses dos responsáveis legais, devendo ser observado primeiramente os direitos fundamentais das crianças garantidos pela Constituição Federal e pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), prezando pela atuação que mais satisfaça o melhor interesse da criança, em harmonia com o nosso ordenamento jurídico. Desta forma, restringir o tratamento de dados pessoais de crianças exclusivamente ao consentimento traz conseqüentemente uma barreira à proteção do seu melhor interesse, pois há situações em que se o agente de tratamento depender do consentimento de um dos pais ou responsável legal para tratar o dado da criança, ele não agirá conforme o melhor interesse da criança e ainda poderá trazer algum prejuízo para esta. Analisando um caso prático em que durante a realização de uma aula virtual o professor testemunha o aluno sendo vítima de alguma forma de violência, este tem o dever de comunicar o fato ao Conselho Tutelar, podendo ser penalizado inclusive penalmente caso não o faça (artigos 13 e 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 245 do Código Penal). Esta comunicação tem como principal objetivo garantir o melhor interesse da criança vítima da violência e exigir que primeiro seja obtido o consentimento do pai ou responsável legal da criança para realização do comunicado é incongruente com a proteção da criança, especialmente se considerarmos que o autor da violência podem ser os próprios pais ou os responsáveis legais. Com relação ao consentimento, a LGPD exige alguns pré-requisitos para que este seja considerado válido (deve ser livre, informado, inequívoco, destacado e vinculado a uma finalidade específica) e também possui como principal característica a possibilidade de ser revogado a qualquer tempo por quem consentiu (artigos 5º, XII e 11, I da LGPD). No entanto, ao se falar no tratamento de dados pessoais de crianças, nem todo tratamento realizado a partir deste consentimento cumprirá todos os requisitos necessários para que o consentimento seja considerado válido. Vejamos em uma situação prática, na celebração do contrato de matrícula com a instituição de ensino, se a interpretação nº1 fosse adotada, os pais ou responsáveis legais deveriam consentir para o tratamento dos dados pessoais da criança no âmbito escolar, de modo que todas as atividades relacionadas à prestação do serviço educacional também

deveriam ser realizadas a partir da coleta do consentimento específico para tanto, o que geraria algumas problemáticas quais sejam: a) A caracterização de um vício no consentimento, pois um dos seus requisitos de validade é que este seja livre, no entanto, se a assinatura do contrato de matrícula está condicionada à obtenção do consentimento, este não é livre; e b) O consentimento não seria inequívoco ou estaria vinculado a uma finalidade específica, pois diversas finalidades decorrem da relação entre instituição de ensino e aluno que são essenciais no âmbito da comunidade escolar, a exemplo de realização de controle de presença, registro de histórico acadêmico, compartilhamento de informações com o Ministério da Educação e Secretarias de Educação, atendimento em ambulatório para primeiros socorros, realização de orientação psicopedagógica, dentre outros. Neste mesmo âmbito, quando o representante legal da criança celebra o contrato de matrícula, os serviços educacionais também poderão ser prestados por meio de plataformas digitais, com a disponibilização de ambientes virtuais para aprendizagem e compartilhamento de conteúdo, trabalhos, avaliações, atividades, dentre outros recursos que enriquecerão o aprendizado e a experiência do aluno. Se a única base legal para o tratamento dos dados do aluno dentro do ambiente virtual for o consentimento, quando fosse solicitada a sua revogação, os efeitos comprometeriam a prestação dos serviços educacionais, pois a instituição de ensino estaria impossibilitada de executar as atividades educacionais dentro do ambiente virtual com o aluno, impossibilitando-o de fruir das aulas ministradas em meio virtual, além de comprometer toda a jornada do aluno dentro do ambiente virtual que tem diversas atividades registradas e disponibilizadas na plataforma, ocasionando o comprometimento do contrato de matrícula por impor barreiras à prestação dos serviços educacionais, impactando na preservação do melhor interesse do menor. Conclui-se, portanto, que adotar a aplicação exclusiva do consentimento para o tratamento de dados pessoais de crianças não é a interpretação mais favorável para as crianças, principalmente por inviabilizar a proteção do seu melhor interesse e por não ser possível garantir que em todas as situações os requisitos para a validade do consentimento serão observados, visto que há muitos casos em que ocorrerá um vício em virtude da exigência de sua aplicação.

2.2. Interpretação nº 2 –

Aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes Não se vislumbra razoável dizer que seria possível apenas a aplicação das hipóteses legais previstas no artigo 11 da LGPD, equiparando-se os dados pessoais de crianças e adolescentes aos dados pessoais sensíveis. Primeiramente, os dados de crianças e adolescentes não estão positivados no rol taxativo do artigo 5º, II, da LGPD. A definição expressa do que são dados pessoais sensíveis diz o seguinte: Art. 5º (...) 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. Como dito, o rol é taxativo e, portanto, não comporta ampliação. Ademais, ainda que as crianças e adolescentes demandem maior necessidade de proteção, a classificação do dado pessoal como sensível tem relação com a sua natureza e não com o titular ao qual ele esteja vinculado, como o próprio Estudo Preliminar menciona. Além disso, restringir o tratamento de dados a apenas as bases legais do artigo 11 da LGPD, não abrange a dinamicidade e complexidade do melhor interesse das crianças e adolescentes. Não

estamos negando que crianças e adolescentes podem estar mais suscetíveis a efeitos negativos do tratamento de seus dados pessoais, uma vez que podem não compreender na totalidade as consequências e efeitos do tratamento. Contudo, é possível atingir um balanceamento com o tratamento de dados de crianças e adolescentes, dependendo de cada caso. Isto está diretamente relacionado ao melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista que o Controlador deverá prestar especial atenção aos interesses existentes em uma determinada atividade de tratamento (seja da criança, de seus pais, do próprio controlador ou de terceiros) e analisar se o melhor interesse da criança ou adolescente será atendido no caso concreto. É evidente que equiparar os dados pessoais de crianças e adolescentes aos dados pessoais sensíveis, além de ser um zelo excessivo e desnecessário, poderá trazer limitação ao tratamento de dados das referidas categorias de titulares, impedindo que o melhor interesse da criança e adolescente seja levado em consideração, mesmo em situações comuns, nas quais o tratamento seja necessário para o titular. Corroborando a esse entendimento, no próprio Estudo Preliminar a ANPD reconheceu que a equiparação entre estes dados e os dados de crianças e adolescentes pode inviabilizar situações triviais de tratamento de dados pessoais desses titulares e, até mesmo, gerar impactos negativos aos direitos de crianças e adolescentes, violando o princípio do melhor interesse. Conclui-se, portanto, que adotar a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no artigo 11 da LGPD para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes não é a melhor opção, tendo em vista os motivos aqui expostos.

2.3. Interpretação nº 3 – Possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD

A ANPD trouxe em seu Estudo Preliminar a interpretação nº 3, que parece ser a proposta mais adequada à matéria analisada. Vejamos: O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei. Essa interpretação está em consonância com Enunciado 684, que foi aprovado durante a IX Jornada de Direito Civil, realizada em maio de 2022, juntamente com outros enunciados relacionados ao tema de privacidade e proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. Enunciado 684. O artigo 14 da Lei nº 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. Como dito anteriormente, a necessidade de priorização dos interesses da criança e do adolescente decorre, principalmente, de sua situação de vulnerabilidade e visa garantir a esses titulares o respeito a seus direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal e pelo ECA, bem como resguardar a sua dignidade e proteção especial. Segundo o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, “o conceito do interesse superior da criança visa assegurar a fruição plena de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança”. A Organização ainda defende que este é um conceito dinâmico, pois requer a avaliação dentro de um contexto específico e fundamentalmente interpretativo. Ou seja, na ocasião em que houver a possibilidade de mais de uma interpretação para uma disposição jurídica, deverá ser escolhida a que efetivamente satisfaça o melhor interesse do menor. Partindo de tais premissas, e considerando a dinamicidade trazida na definição desse princípio, é possível concluir que a limitação do tratamento de dados de menores à coleta do consentimento de um de seus pais

ou responsável legal nem sempre garantirá a observância de seu melhor interesse, uma vez que desconsidera os diferentes contextos sociais e situações nas quais a criança poderá estar inserida. Este é um dos principais motivos pelo qual outras bases legais podem ser utilizadas para fundamentar o tratamento dos dados pessoais de crianças, sendo, portanto, as previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, aplicáveis ao tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis respectivamente, em que o consentimento está inserido como uma das possíveis hipóteses de tratamento aplicadas. Certo que não se pretende obter um cheque em branco para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, mas assegurar de forma ampla a preservação dos interesses destes em consonância com as legislações aplicáveis. Com relação à aplicação somente do artigo 11 da LGPD, conforme visto anteriormente no tópico que analisa a interpretação nº 2, esta não é a interpretação mais adequada, visto que os dados de crianças e adolescentes não estão elencados no rol taxativo do artigo 5º, II, da LGPD, não comportando ampliação deste rol ou que seja aplicado de forma equiparada a outros dados e esta interpretação pode limitar o tratamento em situações que sejam de interesse do titular por não abranger a dinamicidade e complexidade do melhor interesse das crianças e adolescentes, que pode ser garantido de forma mais assertiva considerando também as bases legais do artigo 7º da LGPD. É por este motivo que a proposta de aplicação das bases legais dos artigos 7º e 11 da LGPD é a mais adequada, pois possibilita garantir maior proteção ao melhor interesse da criança, conforme exposto, em virtude do dinamismo que esse direito abarca por depender da avaliação dentro de um contexto específico. Ainda que as bases legais dos artigos 7º e 11 da LGPD sejam aplicáveis, também há formas de garantir maior proteção ao tratamento em si, como a sua classificação como tratamento de alto risco (conforme foi classificado na Resolução CD/ANPD nº 02, de 27 de janeiro de 2022, aplicável a agentes de tratamento de pequeno porte). Sendo o tratamento de dados pessoais de crianças classificado de alto risco de modo geral, o Enunciado 679 da IX Jornada de Direito Civil, realizado entre os dias 19 e 20 de maio de 2022, traz o entendimento de que o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (“RIPD”) é uma ferramenta adequada para prevenir danos quando o tratamento de dados pessoais for considerado de alto risco. Ademais, como bem observado no Estudo Preliminar, a utilização das bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD não impede que a ANPD continue tutelando sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, estabelecendo restrições ao tratamento em situações específicas, visando sempre garantir a proteção do melhor interesse do menor. A interpretação nº 3 inclusive condiz com o cenário internacional, a exemplo de figuras como o Information Commissioner’s Office (ICO), que em seu guia “Children and the GDPR” reconheceu a possibilidade de uso de qualquer uma das bases legais fornecidas pelo artigo 6 do GDPR para processamento de dados de criança, desde que algumas considerações adicionais sejam observadas a depender do fundamento utilizado. Portanto, conclui-se que a interpretação nº 3 é a mais adequada e por mais que os artigos 7º e 11 da LGPD sejam utilizados para fundamentar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, o que garante maior proteção ao melhor interesse da criança, há formas de garantir maior proteção também ao tratamento dos dados, como a sua classificação como tratamento de alto risco, sendo a elaboração do RIPD uma ferramenta para garantir essa proteção. 3. CONCLUSÃO Em respeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e levando em

consideração a importância de garantir a plena fruição dos seus direitos fundamentais, nos manifestamos a favor da interpretação nº 3 apresentada pela ANPD em seu Estudo Preliminar, a qual defende a possibilidade de aplicação das hipóteses de tratamento previstas no artigo 7º e, em caso de dados pessoais sensíveis, as previstas no artigo 11 da LGPD. Conclui-se, portanto, que tal entendimento acompanha a dinamicidade do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que permite que seja feita uma análise do caso concreto para a aplicação de uma base legal ao tratamento de dados do menor, bem como possibilita uma interpretação sistemática da LGPD, em conformidade com outras normas que versam sobre o direito das crianças e dos adolescentes. Por fim, resta cristalino que há maior assertividade jurídica na adoção do que prevê a interpretação nº 3 pelos seguintes motivos:

- Em nenhum momento a LGPD proíbe o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes a partir da utilização de outras bases legais previstas na lei;
- Trata-se da interpretação tida como balizadora das melhores práticas internacionais referentes ao assunto;
- É a única interpretação que permite uma análise caso a caso para a definição da base legal, acompanhando a dinamicidade do melhor interesse da criança e do adolescente, a ser atentado no caso concreto;
- Não restringe e nem limita as hipóteses de tratamento, sendo possível, inclusive, a aplicação da base legal do consentimento quando esta for a mais adequada para o alcance do melhor interesse do menor; e
- Preconiza o trabalho das empresas e do governo na apresentação de termos e políticas de privacidade que sejam claros e que comuniquem eficazmente aos interessados no tratamento suas finalidades e repercussões.

Atenciosamente, Associação Brasileira de Sistemas e Plataformas Educacionais – ABRASPE

Contribuinte: Victor Linhares Bastos

Número: OP-271277

Data: 07/11/2022 - 13:11

Resumo: "A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) previu seção específica para o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes. Dessa maneira, o § 1º do art. 14 estabelece que "o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal". Já o § 3º do mesmo artigo prevê que a coleta de dados de crianças poderá ser realizada sem o consentimento referido no § 1º quando for necessário para contatar os pais ou responsável legal ou para a proteção da criança. Ocorre que a interpretação desses dispositivos é objeto de acentuada controvérsia entre acadêmicos, profissionais da área e representantes da sociedade civil, o que, na prática, se configura como uma situação de incerteza jurídica para os agentes de tratamento, nomeadamente em razão da indefinição sobre quais hipóteses legais autorizam o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Assim sendo, anteriormente de ser tratada a questão do consentimento específico e em destaque, é necessário analisar o consentimento e suas atuais características trazidas pela LGPD. A LGPD conceitua consentimento como manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, sendo uma das bases legais que

autoriza o tratamento de dados pessoais de forma legítima. Atualmente há uma discussão sobre qual seria a base legal adequada para o tratamento de dados pessoais de adolescentes, considerando que o Art. 14, § 1º da LGPD faz indicação expressa da base legal a ser utilizada no caso de crianças, que é o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsáveis, sem fazer qualquer menção sobre os adolescentes. O que se questiona é se o consentimento seria a base legal adequada para o tratamento de dados pessoais dos adolescente. Dessa forma, importante destacar que o ECA, em seu Art. 2º, define que a criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e o adolescente a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Também, o Código Civil estipula que os menores de 16 (dezesesseis) anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (Art. 3º do CC) e os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos são relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de os exercer (Art. 4º da LGPD). Analisando a legislação internacional, vislumbra-se que a GDPR tomou o cuidado de regular a idade em 16 anos como mínima para o tratamento de dados pessoais lícito em razão de que o adolescente de até 16 anos não possui discernimento amadurecido sobre os direitos relacionados aos seus dados pessoais, de modo que até os 16 anos os pais ou representantes devem oferecer o consentimento em seu nome. Acredita-se que esse cenário deve ser adotado na legislação brasileira, até mesmo porque guarda consonância com o que dispõe o Código Civil Brasileiro. Todavia, é importante expressar que, diferentemente do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes menores de 16 anos, que apenas poderá ser realizado a partir da obtenção do consentimento específico e destacado de um dos pais ou responsáveis legais, de forma que todas as hipóteses legais de tratamento de dados sem consentimento não se aplicam, segundo o entendimento aqui defendido, o tratamento de dados de adolescentes maiores de 16 anos se valerá das demais hipóteses previstas na LGPD, de modo que quando realizado com base no consentimento, é necessário observar as regras de capacidade civil da legislação brasileira. Assim sendo, em relação a adolescentes entre 16 e 18 anos, aconselha-se a aplicação das disposições gerais sobre o tratamento de dados pessoais, dos Arts. 7º e 11 da LGPD, respeitando a proteção jurídica que o ordenamento brasileiro confere a crianças e adolescentes. Além disso, cabe pontuar que o consentimento no caso da criança e menores de 16 anos em que se defende a necessidade de consentimento específico de ao menos um dos pais, acredita-se que é necessário que o consentimento esteja de acordo com outras normas de Direito Civil e disposições do ECA, como por exemplo, no caso de genitores divorciados, quem será responsável pelo consentimento? Na interpretação do Código Civil, em caso de guarda unilateral o consentimento necessariamente precisaria ser dado pelo pai detentor da guarda. Essas situações precisam ser previstas em lei. Ainda, o posicionamento aqui defendido, os menores de 16 anos devem ter consentimento específico dos pais, mas se acredita que os maiores de 16 anos não necessitam do consentimento e entrariam na regra geral das outras bases legais, por outro lado, questiona-se como deve agir o agente de tratamento em caso de ter colhido o consentimento do menor de 16 anos dos respectivos pais, e estender o tratamento até que ele seja maior de 16 anos, será necessário nova base legal para continuar tratando dados desse menor agora relativamente capaz? Outro ponto que deve ser regulado na legislação de proteção de dados.

Contribuinte: Asshais Felipe Eugênio

Número: OP-271289

Data: 07/11/2022 - 13:28

Resumo: "Prezados, submeto abaixo a contribuição da pessoa jurídica ZETTA (CNPJ nº 37.253.906/0001-28). ** Contribuições da Zetta à Tomada de Subsídios sobre proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes A Zetta, associação que reúne as mais inovadoras empresas de tecnologia financeira do Brasil, vem, pela presente manifestação, apresentar suas considerações a respeito das conclusões do estudo preliminar elaborado por essa Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("ANPD"), analisando as hipóteses legais que seriam aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Em seu estudo, a ANPD apresenta razões pelas quais optou pela interpretação segundo a qual é possível o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas nos arts. 7º e 11, desde que observados os requisitos legais e o princípio do melhor interesse, previsto no art. 14 da LGPD. A Zetta manifesta, desde logo, sua concordância e apoio a essa interpretação, reconhecendo nela a abordagem que melhor se integra aos fundamentos da norma de proteção de dados, a saber, a garantia de direitos fundamentais dos titulares de dados em harmonia e equilíbrio com a livre iniciativa e o desenvolvimento social, econômico e tecnológico. O alinhamento da Zetta com a interpretação proposta pela ANPD se deve a uma série de fatores. Em primeiro lugar, o entendimento previsto no art. 14 da LGPD não seria suficiente para cobrir todas as hipóteses em que ocorre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (e.g., para o cumprimento de obrigações legais e regulatórias). Além disso, o consentimento evidenciado no art. 14 não necessariamente contemplaria o melhor interesse da criança, e poderia limitar uma série de atividades de tratamento que lhe seriam benéficas. Por fim, a própria LGPD não estabelece qualquer tipo de hierarquia entre as suas bases legais, razão pela qual todas elas deveriam poder ser adotadas para o tratamento de dados de menores, desde que conjugadas com as salvaguardas necessárias para proteger esses titulares. Na condição de entidades reguladas pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional, as associadas da Zetta possuem desafios específicos atinentes ao tratamento de dados pessoais, inclusive de crianças e adolescentes, conforme explicações abaixo, e que seriam devidamente acolhidos em caso de incorporação da interpretação assumida pela ANPD em relação ao tema. Busca-se, dessa forma, viabilizar a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que se permite o fomento à inovação e o desenvolvimento do sistema financeiro do país. A seguir, serão apresentados alguns exemplos de atividades de tratamento de dados de crianças e adolescentes que se utilizam de outras bases legais que não o consentimento, evidenciando-se ainda que esse uso se encontra em conformidade com o melhor interesse desses titulares de dados à luz do arcabouço jurídico nacional. Cumprimento de obrigação legal ou regulatória (LGPD, Art. 7º, II) O consentimento não se revela a base legal mais apropriada nas hipóteses em que uma dada atividade de tratamento de dados deva ser realizada pelos controladores quando necessário para o cumprimento de obrigações legais ou regulatórias às quais estão submetidos. Especialmente face à impossibilidade de oposição ao tratamento dos dados, pressuposto subjacente à base legal do consentimento, e ao próprio

objeto de tutela dessas normas, que é a higidez e segurança do sistema financeiro nacional, evitando o seu uso para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores ou outras atividades fraudulentas. São exemplos: (a) Tratamento de dados pessoais de menores para o cumprimento do “fluxo de KYC” (Conhecer Clientes), previsto na Lei nº 9.613/98, e nas Circulares do Banco Central do Brasil nº 3.680/13 e 3.978/20; (b) Tratamento de dados de menores para fins de comunicação ao Coaf de transações consideradas suspeitas e a identificação de seus sujeitos; e (c) Tratamento de dados pessoais de pessoas expostas politicamente, na forma dos arts. 1º e 2º da Resolução Coaf nº 40/21, incluindo familiares que sejam menores de idade. Os exemplos acima evidenciam que determinadas atividades de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes não visam beneficiar única e exclusivamente às instituições financeiras que as realizam, mas sim atender uma imposição feita pela lei ou por regulamentação própria e cujo escopo tem o potencial de abranger menores de idade. Desta forma, a Zetta entende que o tratamento dos dados pessoais de menores nessas e em outras hipóteses estará em perfeita consonância com o melhor interesse dos titulares dos dados. Execução de contrato ou procedimentos preliminares (LGPD, Art. 7º, V) A execução de contrato também se apresenta como uma base legal plausível para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. É o que já se observa com a autorização, por parte do Banco Central do Brasil, da criação de contas de depósito para crianças e adolescentes, desde que estejam assistidos ou representados (Res. nº 4.753/19, art. 2º, § 3º). Destacamos como exemplos alguns produtos: (a) cartões de débito para menores de 18 anos por parte de instituições como Nubank, Bradesco, Banco Inter, C6 Bank e Next, dentre outros. O surgimento desses produtos visa atender a crescente preocupação da sociedade em torno da educação financeira de jovens e adolescentes, provendo-lhes a oportunidade para gerir seus recursos financeiros a partir de produtos simplificados; (b) previdência privada, cujo investimento pelo representante legal pode se iniciar desde a mais tenra idade para resgate em tempo futuro ou quando conveniente; e (c) conta de investimento, habilitando o menor o acesso ao mercado de capitais e valores mobiliários, como é o caso de serviços providos pela XP, NuInvest, ModalMais, Rico, dentre outras. A Zetta entende que essas e outras práticas estão em plena conformidade com o melhor interesse dos titulares dos dados. O tratamento das informações pessoais para esses casos se inicia com a manifestação de vontade dos responsáveis legais, que, cientificados a respeito das políticas de privacidade das entidades, compartilham, então, os dados pessoais dos menores para assim permitir a execução do contrato. Entendemos, por fim, que o tratamento dos dados de menores nessas hipóteses não se confunde com a base legal do consentimento enquanto base legal do art. 7º, I da LGPD. Exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (LGPD, Art. 7º, VI) O uso dessa base legal, em respeito ao princípio da necessidade e observando-se os prazos de guarda com base em regras de prescrição previstas no ordenamento jurídico, é relevante para os agentes de tratamento, em especial no âmbito de relações de consumo. Isto porque, em muitos casos, pode ocorrer no âmbito processual a inversão do ônus da prova, na forma do art. 6º, VIII do CDC, na hipótese em que as alegações do consumidor forem verossímeis ou quando ele for hipossuficiente. Assim, a presente base legal é fundamental para resguardar o direito de defesa e o contraditório do controlador dos dados quando a circunstância requerer. Tal fato, respeitadas

as balizas legais, impõe que os dados dos indivíduos, inclusive menores, sejam tratados com as devidas medidas de salvaguardas. Portanto, a Zetta entende que o uso da base legal do exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, quando passível de ser utilizada, afigura-se em plena consonância com o princípio do melhor interesse do menor. Legítimo Interesse (LGPD, Art. 7º, IX) O legítimo interesse pode muitas vezes representar uma base legal bastante alinhada ao melhor interesse das crianças e adolescentes. Nesse contexto, a Zetta cita como exemplo do uso da base legal do legítimo interesse os casos em que pais ou responsáveis legais abram cadernetas de poupança ou contas de investimento em nome de seus filhos. São situações em que há o pleno atendimento das legítimas expectativas dos titulares dos dados. A abertura dessas contas, lastreada na base legal do legítimo interesse, afigura-se compatível com o melhor interesse do menor, revelando-se uma base legal compatível com o propósito da LGPD. Vale ainda ressaltar que o melhor interesse da criança não necessariamente se confunde ou está sempre alinhado com o interesse dos seus pais. É o caso, por exemplo, de situações em que os pais ou responsáveis legais não possuem familiaridade suficiente para tomarem decisões informadas sobre o tratamento de dados dos seus filhos ou representados, que por vezes possuem maior desenvoltura e maturidade no uso de certas tecnologias. Assim, o tratamento de dados dos menores com base no seu legítimo interesse pode auxiliar a suprir essa lacuna e melhor atender às suas necessidades. Outro exemplo de possível uso do legítimo interesse para o tratamento de dados de crianças e adolescentes seria o uso de dados para fins de autenticação e segurança (quando o tratamento não envolve dados pessoais sensíveis, algo fundamental em se tratando dos serviços prestados pelo sistema financeiro). Logo, a Zetta entende ser plenamente possível utilizar a base legal do legítimo interesse para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, sem que esse uso corresponda a prejuízos à sua autonomia e ao seu melhor interesse. Proteção do Crédito (LGPD, Art. 7º, X) Outra base legal que é compatível com o melhor interesse do menor é a da proteção do crédito. Por mais que não seja uma prática no mercado a oferta de produtos de crédito, não haveria um óbice legal em fazê-lo, com a devida representação ou assistência (C.C. 588 e 589). A proteção do crédito é, na essência, uma atividade que é executada em favor do titular do dado uma vez que visa garantir que lhe será concedido crédito compatível com sua capacidade de pagamento, evitando, por exemplo, o superendividamento. A proteção do crédito em sua essência visa proteger todos que precisam do sistema financeiro, por garantir a solvência das operações, a continuidade do fluxo monetário e a higidez das operações econômicas que dependem de crédito. Como a proteção ao crédito é uma atividade voltada ao favorecimento do titular - especialmente diante da avaliação feita sobre os tomadores de crédito para lhes apresentar as melhores condições de mercado - referida base legal estaria alinhada ao melhor interesse do cliente, inclusive quando este for menor ou adolescente, e que portanto teria os seus dados pessoais devidamente respaldados e protegidos. Considerações a respeito do art. 14, § 1º e § 3º da LGPD O art. 14 da LGPD dispõe que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. O § 1º do art. 14 da LGPD dispõe que o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser feito com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Por fim, o § 3º do art. 14 da LGPD estabelece

que poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento dos pais ou responsável legal quando a coleta for necessária para contatá-los, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para a sua proteção, proibindo o repasse a terceiro sem o consentimento dos responsáveis. A Zetta entende que, ao considerar para crianças a base legal do consentimento de pais ou responsável legal, a LGPD não está excluindo a possibilidade de utilização de outras bases legais para o tratamento de dados pessoais desses titulares de dados, conforme justificativas acima apresentadas. Ademais, a possibilidade de aplicabilidade das demais bases legais do art. 7º e art. 11 da LGPD está em harmonia com uma interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico, haja vista que o caput do art. 14 da LGPD menciona a necessidade de sua interpretação à luz da “legislação pertinente”. Assim, a Zetta entende que, nos casos em que o consentimento (e não outra) for a base legal mais apropriada para autorizar o tratamento de dados de crianças, este consentimento deverá ser dado na forma estabelecida pelo § 1º do art. 14, a saber, de forma específica e destacada e por pelo menos um dos pais ou responsável legal. Assim, a Zetta entende que não há prevalência do consentimento sobre outras bases legais e que o atendimento ao melhor interesse ou a proteção integral de crianças e adolescentes nem sempre se refletirá no uso desta base legal, podendo ser mais bem atendido pelo uso de base legal diversa, conforme acima demonstrado. Ademais, entendemos que as bases legais de dados sensíveis para o tratamento de dados de crianças e adolescentes não guarda qualquer relação com o melhor interesse dessa categoria de sujeitos vulneráveis, sendo que as bases legais de dados sensíveis foram elaboradas considerando a natureza dos dados tratados e não a categoria de titular envolvida. O art. 5º, II da LGPD, ao apresentar os dados que se enquadram nessa classificação, em nenhum momento considerou a idade ou o próprio titular como parâmetros capazes de tornar sensível um determinado dado. Desta forma, a Zetta entende que o melhor interesse de crianças e adolescentes deve ser o princípio jurídico norteador fundamental para uma interpretação sistemática dos dispositivos da LGPD à luz do contexto fático e da natureza da atividade de tratamento de dados que está sendo realizada, ao invés da adoção de interpretações restritivas a priori capazes de ser extremamente negativas não apenas para as empresas integrantes do sistema financeiro, mas também para os próprios usuários dos seus serviços. Do compromisso da Zetta com a proteção integral de crianças e adolescentes a Zetta reconhece a proteção integral e o melhor interesse como princípios jurídicos fundamentais a nortear todas as atividades de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes por parte de suas associadas. Neste sentido, relembremos a Convenção sobre Direitos das Crianças, adotada em 1990 pela Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil e por mais 195 países, que dispõe que todas as ações relativas às crianças devem considerar primordialmente o seu melhor interesse. Ressaltamos, ainda, a centralidade do art. 227 da Constituição Federal que preconiza o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado assegurar a essas pessoas com absoluta prioridade direitos e garantias fundamentais. E, por fim, a existência do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, igualmente, faz menção ao princípio da proteção integral em seus artigos 1º e 3º.

Contribuinte: Laryssa de Menezes Silva

Número: OP-271292

Data: 07/11/2022 - 13:30

Resumo: "São Paulo, 07 de novembro de 2022. À AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (“ANPD”) Ref.: Tomada de Subsídios sobre o Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS BUREAUS DE CRÉDITO (“ANBC”), pessoa jurídica constituída na forma de associação civil sem fins lucrativos, com sede na Avenida das Nações Unidas, nº 14.401, conjuntos 502 e 503, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, é uma entidade que reúne os bureaus atuantes no território brasileiro com o objetivo de representar o setor de bureaus de crédito no país, inclusive junto a agentes internacionais, incentivar educação financeira e colaborar para a criação de ambiente legal, regulatório e educativo que permita à gestão de crédito contribuir ativamente com a economia brasileira. Em 08 de setembro de 2022, a ANPD iniciou tomada de subsídios para elaboração de enunciado sobre as hipóteses legais de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Nesse sentido, a ANBC apresenta abaixo suas considerações e comentários à ANPD, tendo por base o estudo preliminar "Hipóteses Legais Aplicáveis ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes" (“Estudo Preliminar”), documento disponibilizado pela ANPD, e reiterando seus cumprimentos pela iniciativa de colher subsídios de todos os setores interessados.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS Dada a relevância da temática, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/2018, ou “LGPD”) dedica, em seu artigo 14, seção específica sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes (Seção III). Todavia, conforme demonstrado no Estudo Preliminar, as diferentes interpretações em torno do artigo 14 da LGPD, em especial acerca das bases legais aplicáveis ao tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes, pode proporcionar insegurança jurídica aos agentes de tratamento. Nesse contexto, o Estudo Preliminar afirma que existem três interpretações relevantes a respeito das bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes. Na primeira interpretação, o consentimento específico e destacado dos pais ou do representante legal seria a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças, à luz do artigo 14, § 1º da LGPD. Na segunda interpretação, apenas as bases legais previstas no artigo 11 da LGPD poderiam ser aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e de adolescentes com a equiparação dos requisitos do consentimento nos artigos 11, I e 14, § 1º da LGPD. Por fim, a terceira linha interpretativa afirma que todas as bases legais dos artigos 7º e 11 da LGPD podem fundamentar o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes, desde que observado seu melhor interesse no caso concreto.

II. O CONSENTIMENTO COMO ÚNICA BASE LEGAL PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES De acordo com a primeira interpretação apresentada no Estudo Preliminar, os tratamentos de dados pessoais de crianças apenas poderiam ser realizados com o consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal, ressalvadas as exceções previstas no artigo 14, §3º da LGPD, quais sejam: (i) coleta necessária para contatar os pais ou o responsável legal; ou (ii) para proteção da criança. Desde já, cumpre destacar que o próprio Estudo Preliminar da ANPD entende que essa

interpretação apresenta diversas limitações jurídicas e dificuldades de aplicação prática. A indicação do consentimento como única base legal pode se mostrar, inclusive, contrária ao melhor interesse das crianças, na medida em que poderia, em última instância, impedir a realização de atividades de tratamento de dados lícitas e legítimas. À luz da primeira interpretação do Estudo Preliminar, na ausência de consentimento por parte dos pais ou dos responsáveis legais, estariam vedadas diversas atividades de tratamento realizadas para finalidades lícitas contempladas por demais bases legais previstas na LGPD, como a tutela da saúde da criança, o cumprimento de obrigações legais ou regulatórias, a realização de políticas públicas e o atendimento do interesse legítimo da criança. Em termos práticos, são diversos os exemplos que demonstram a insuficiência do consentimento como única base legal possível. As políticas públicas dedicadas a promover o direito à saúde, à vida e ao livre desenvolvimento das crianças, por exemplo, não devem depender do consentimento dos pais ou dos responsáveis legais para serem efetivadas, haja vista o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ainda ilustrativamente, compreender o consentimento como única base legal aplicável implicaria, em última instância, a necessidade de pedir autorização para, no âmbito de processos judiciais, utilizar dados pessoais de crianças que poderão ser relevantes para o desdobramento da lide ou, até mesmo, inviabilizá-la. Cumpre ressaltar que a Constituição da República prevê, em seu artigo 227, a proteção da criança como um dever da família, da sociedade e do Estado. Portanto, o zelo pelo melhor interesse dos menores não é uma tarefa exclusiva dos pais ou dos responsáveis legais, de modo que limitar o tratamento de dados pessoais de crianças apenas ao consentimento parental demonstra desconformidade com a previsão constitucional de proteção conjunta da sociedade. Assim, como contribuição à sociedade e visando o melhor interesse da criança, não deve prosperar a interpretação do consentimento como única base legal aplicável ao tratamento de dados pessoais de crianças, sobretudo considerando o risco de restrição indevida às múltiplas atividades legítimas, lícitas e destinadas ao melhor interesse da criança, que podem ser realizadas sem a autorização dos pais e/ou representante legal.

III. QUALIFICAÇÃO DOS DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

A segunda linha interpretativa do artigo 14 destacada no Estudo Preliminar propõe que apenas as bases legais previstas no artigo 11 da LGPD sejam aplicáveis aos tratamentos de dados pessoais de crianças e adolescentes, equiparando-os aos chamados dados pessoais sensíveis. Como disposto no Estudo Preliminar, esta segunda interpretação apresenta também uma série de limitações jurídicas e dificuldades de aplicação prática, sobretudo considerando que as bases legais do artigo 11 da LGPD foram estruturadas com foco na natureza dos dados - e não nos titulares dos dados. Caso fosse a intenção do legislador estender o regime de proteção dos dados pessoais sensíveis, bastaria tão somente incluir os dados de crianças e adolescentes na definição legal prevista no artigo 5, II, da LGPD, o que não o fez. Com efeito, o artigo 5º, II da LGPD apresenta rol taxativo dos dados pessoais sensíveis, os quais, considerando os potenciais prejuízos aos direitos e às garantias fundamentais dos titulares em caso de tratamento irregular, estão sujeitos a um regime de proteção específico na LGPD. A escolha legislativa, portanto, está relacionada ao grau de risco presente no tratamento dos dados pessoais, sendo certo que este risco é, por opção do legislador, avaliado a partir da natureza do dado - e não do titular em si. Além de desconsiderar a definição prevista na LGPD, a

equiparação entre os dados pessoais de crianças e adolescentes e os dados pessoais sensíveis poderá, em termos práticos, impedir a realização de tratamentos legítimos de dados pessoais, que, inclusive, podem ser necessários para a efetivação do princípio do melhor interesse dos menores. No Estudo Preliminar, a ANPD exemplifica esta limitação: “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” (p. 17). Além disso, a equiparação, ao limitar o tratamento dos dados às bases legais do artigo 11, impediria também atividades legítimas de prevenção à fraude, as quais, ao coibir o uso de dados de crianças em contextos fraudulentos, estão alinhadas com a satisfação do melhor interesse do menor. Dessa forma, nos parece correto o entendimento exposto pela ANPD no Estudo Preliminar no sentido de que esta segunda linha interpretativa não deve prosperar, sobretudo considerando (i) as definições legais previstas na LGPD, que refletem a real intenção do legislador; e (ii) o risco de, em casos concretos, esta interpretação impedir o tratamento necessário de dados pessoais de crianças e adolescentes, prejudicando a efetivação do princípio do melhor interesse do menor.

IV. APLICAÇÃO DAS BASES LEGAIS DOS ARTIGOS 7 E 11 DA LGPD À LUZ DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Conforme exposto, a primeira e a segunda linhas interpretativas expostas no Estudo Preliminar da ANPD podem se mostrar insuficientes para atender satisfatoriamente as múltiplas facetas do melhor interesse dos menores, que, em contexto de tratamento de dados pessoais, escapam da obrigatoriedade do consentimento parental e das bases legais previstas apenas no artigo 11 da LGPD. Nesse sentido, a terceira interpretação do artigo 14 da LGPD proposta no Estudo Preliminar contempla uma leitura sistemática da LGPD e possibilita a real efetivação do princípio do melhor interesse do menor. Nesse cenário, o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes poderá, a depender da natureza dos dados envolvidos, ser fundamentado tanto pelas bases legais previstas no artigo 7º quanto por aquelas do artigo 11 da LGPD, desde que observado o melhor interesse do menor. Todavia, não se trata de carta branca para o tratamento indiscriminado desses dados pelos agentes de tratamento, na medida em que será necessário observar, em qualquer hipótese e a partir do caso concreto, o melhor interesse do menor, sendo certo que este melhor interesse não é um conceito estático e deve ser sempre identificado à luz das particularidades de cada tratamento de dados. Esta interpretação encontra-se também em sintonia com as mais recentes discussões sobre o tema, haja vista que o recém aprovado enunciado 684 da IX Jornada de Direito Civil estabeleceu que “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”. Reforça-se que o artigo 5º, II da LGPD apresenta uma definição taxativa a respeito do conceito de 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”. Ou seja, no próprio artigo é possível verificar que não há qualquer menção à idade para avaliação da sensibilidade do dado, seja ela de titulares menores de idade ou titulares com idade acima de 60 anos. Nesse sentido, a importância de conceituar os dados de crianças e adolescentes em conformidade com o previsto no Estatuto

da Criança e do Adolescente para afastamento de interpretações pautadas pela capacidade civil do menor de idade, conforme previsto no Código Civil, sendo importante a combinação entre ambas as Leis para análise da minoridade do titular, ao invés de preponderância entre uma ou outra. Por fim, e novamente em cumprimento à ANPD pela realização desta tomada de subsídios, manifesta-se favoravelmente a ANBC pela edição de anúncio que traga clareza e segurança jurídica à sociedade na aplicação da LGPD a dados pessoais de crianças e adolescentes, com a possibilidade de tratamento de tais dados pelas bases legais tuteladas pelos artigos 7º e 11, da LGPD, prevalecendo o melhor interesse do menor e, colaborativamente, disponibiliza os comentários acima para a avaliação dessa D. Autoridade. Atenciosamente, Associação Nacional dos Bureaus de Crédito Associação Nacional dos Bureaus de Crédito

Contribuinte: Patrícia Leal Ferraz bove

Número: OP-271331

Data: 07/11/2022 - 13:48

Resumo: "A Associação Brasileira de Medicina Diagnóstica ("ABRAMED"), entidade sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 12.696.754/0001-07, representada na forma de seu Estatuto Social, vem apresentar sua contribuição na Tomada de Subsídios a respeito do tratamento de Dados Pessoais de crianças e adolescentes. ABRAMED é uma entidade sem fins lucrativos constituída há mais uma década que agrega as principais instituições de medicina diagnóstica do país, responsáveis por mais de 60% dos exames realizados pela saúde suplementar no Brasil. Instituições, essas, que são reconhecidas pela qualidade na prestação de serviços, excelência tecnológica e práticas avançadas de gestão, inovação, governança e responsabilidade corporativa. Nesse sentido, acreditando no seu papel de influenciar o mercado na defesa de comportamentos éticos e transparentes, vitais para a evolução e a sustentabilidade do sistema de saúde e em benefício da população que busca os serviços essenciais que o setor fornece, a presente Tomada de Subsídios é de suma importância para o setor de medicina diagnóstica, tendo em vista o alto volume de dados sensíveis tratados de crianças e adolescentes no dia a dia dos nossos associados. De início, Abramed gostaria de agradecer a oportunidade ofertada pela Autoridade Nacional de Dados Pessoais ("ANPD") para a realização da presente contribuição e parabenizar o notável esforço da entidade em dialogar com a sociedade civil sobre o tratamento de dados pessoais e a construção de normativas e regulamentações acerca do tema. Com base nas justificativas apresentadas pela ANPD e a nossa atuação no setor da saúde, a Abramed entende que deverá ser adotado a terceira interpretação apresentada pela ANPD, na qual possibilita a aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ("LGPD") no tratamento de dados de crianças e adolescentes. Como é sabido, o setor apresenta particularidades no tratamento de dados sensíveis que, como apresentado no estudo, não pode ser precedido de obrigatório consentimento para a assistência à saúde, uma vez não ser possível cumprir os requisitos do consentimento, pois, na hipótese da negativa de tratamento a prestação dos serviços será impossibilitada. Além disso, a revogação do

consentimento encontra empecilhos regulatórios, tendo em vista a obrigatoriedade de armazenamento dos dados que integram o prontuário (artigo 6º da Lei Federal nº 13.787/2018). Desta maneira, ABRAMED acredita que a possibilidade de tratamento de dados pessoais e sensíveis de crianças e adolescentes poderá ser amparada nas demais hipóteses legais previstas na Lei, com o objetivo de viabilizar de maneira assertiva e segura a prestação de serviços de saúde, sempre em benefício do titular dos dados pessoais, nos termos do artigo 14 da LGPD. O artigo “Children and the GDPR”, elaborado pelo ICO, mencionado pela ANPD em seu estudo reforça a ideia de que o consentimento não é a única base legal para tratar os dados pessoais de crianças e adolescentes, dispondo o artigo 38, da GDPR, que o consentimento dos pais não deveria ser necessário no contexto preventivo ou em serviços de aconselhamento direto para crianças, sendo permitido o uso de outras bases legais nesses tratamentos. Por essa razão, entendemos que apenas a base legal do consentimento não seria o suficiente para abranger todos os diversos casos de tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis de crianças e adolescentes, em especial, no setor da saúde. Além disso, a área da saúde possui como princípio basilar o sigilo do paciente e a realização de comunicação de informações de saúde para terceiros nos casos em que possa acarretar dano ao mesmo, conforme preceitua o Código de Ética Médica. Outrossim, no caso de tratamento de dados sensíveis os argumentos contrários exemplificados no material não são aplicáveis, considerando que as hipóteses de tratamento de dados sensíveis são mais restritivas e são abarcadas pelo sigilo médico. Assim, acreditamos que a maior flexibilidade não prejudicará a privacidade dos titulares de dados, considerando as regulamentações setoriais aplicáveis ao setor e a própria redação da LGPD. Assim sendo, considerando as características e a operacionalização dos serviços de medicina diagnóstica, é possível vislumbrar regulamentações e procedimentos que caminham exatamente para a terceira linha de interpretação da ANPD, ou seja, que a obrigatoriedade de consentimento pelos responsáveis legais poderá impactar a proteção da criança, regra prevista no parágrafo §3º do artigo 14 da LGPD. Assim, acreditamos que a interpretação da “proteção da criança” deverá incluir o tratamento de dados para os serviços de saúde, uma vez que está intimamente ligado ao princípio do direito à vida. Pelo exposto, ABRAMED vem por meio da presente contribuição externar que a terceira interpretação é a que melhor se coaduna ao setor para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, em especial para os titulares de dados pessoais, uma vez que poderão usufruir da assistência “com amparo nas hipóteses legais previstas no arts. 7º e 11, da LGPD, observados os requisitos legais aplicáveis e o princípio do melhor interesse, nos termos do art. 14.”.

Contribuinte: lucineia aparecida nucci

Número: OP-271344

Data: 07/11/2022 - 13:56

Resumo: : "PROPOSTA DE ENUNCIADO PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES Profª. Dra. Rosane Leal da Silva Mestre Elisa Chaves Núcleo de Direito Informacional (NUDI) Universidade Federal de Santa Maria

(RS). Considerando a peculiaridade da fase de desenvolvimento de crianças e adolescentes – os quais são aqui tratados como “crianças” por entender o sentido amplo adotado pela legislação, em consonância com a Convenção dos Direitos da Criança (1989) – mostra-se necessário que lhes seja aplicado tratamento diferenciado, adequado a lhes garantir a proteção de seu melhor interesse, em harmonia com a Doutrina da Proteção Integral. É de se destacar que embora as crianças e adolescentes, em geral, tenham contato precoce com as tecnologias, o que pode lhes oferecer facilidade para utilizá-las, aprendendo e interagindo com maior velocidade que seus pais/responsáveis, por outro lado tal aptidão não lhes concede a maturidade necessária para compreender os riscos a que podem ficar expostos no ambiente digital, cabendo à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade de promover sua proteção nessas interações. Para tanto é imperiosa a capacitação dos pais ou cuidadores, especialmente porque muitos não detêm os mesmos conhecimentos e não estão suficientemente familiarizados às tecnologias se comparado aos seus filhos e filhas, carecendo do preparo para a segura e adequada orientação. É preciso, portanto, que os pais sejam devidamente capacitados para auxiliar suas crianças e adolescentes a terem consciência dos riscos e consequências de seus atos no ciberespaço. É imperioso, portanto, que se promova a educação digital de todos, independentemente de se tratar de “nativos” ou “imigrantes digitais”. Embora se tenha ciência de que as políticas de privacidade muitas vezes não são lidas e sua aceitação é automática por parte dos usuários, tal situação não pode servir de escusas para retirar a responsabilidade das empresas que atuam no segmento, que têm o dever de garantir a informação clara e objetiva em seus termos de uso, com destaque ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Tal compromisso se coaduna à aplicação da doutrina da Proteção Integral, pela qual a sociedade, com destaque para agentes de tratamento, deve assegurar design acessível e pensado, desde sua concepção, para a proteção desses usuários. Deve ser adotado design protetivo, que garanta alternativas para o usuário ceder ou não os dados, ao contrário do que muitas empresas praticam ao privar o acesso daquele que não concorda com os termos de uso de determinado serviço online. O consentimento deve ser obtido antes do tratamento e as organizações que processam os dados pessoais devem adotar procedimentos para que se verifique se o consentimento foi dado pelo responsável e atende o melhor interesse. Tais procedimentos devem observar os princípios da ética e da transparência. A garantia do melhor interesse e a defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no ambiente digital é dever de todos e deve ser exercida em sistema de colaboração e responsabilidade compartilhada, como previsto no Comentário nº 25, do Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU). Dessa forma, é necessário que seja estabelecido um sistema de mútua cooperação entre os responsáveis pela proteção integral, pautado em princípios gerais, com destaque para a não-discriminação, atenta ao melhor interesse da criança e na compreensão do desenvolvimento progressivo das suas capacidades. Segundo este documento, “As empresas devem respeitar os direitos das crianças e prevenir e remediar o abuso de seus direitos em relação ao ambiente digital. Estados Partes têm a obrigação de assegurar que as empresas cumpram essas responsabilidades.”² Embora os pais sejam os principais cuidadores e responsáveis pelos próprios filhos, tal condição não desobriga os demais encarregados da proteção integral, o que inclui verificar se a própria conduta dos pais não é abusiva ao configurar a exploração

comercial de suas crianças no ambiente digital. A Proteção Integral e o melhor interesse das crianças, entendido como direito subjetivo, princípio e regra de procedimento³ devem nortear o tratamento dos seus dados pessoais e, para tanto, deve ser feita a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o que abrange considerar os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, a proteção conferida no art. 227, da Constituição Federal, os quais devem ser aplicados em harmonia com o Estatuto da Criança e Adolescente, com o Código de Defesa do Consumidor e com a Lei Geral de Proteção de Dados. Quanto a esta, em especial, deve ser aplicado o entendimento que promova ampla proteção a este segmento vulnerável da sociedade, considerando-se seus dados pessoais como especiais, a receber a mesma proteção dos dados sensíveis, conforme o disposto no art. 11 da LGPD. Diante do entendimento ora exposto entende-se como mais adequado ao tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes o seguinte enunciado: “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve observar seu melhor interesse e pautar-se pelo princípio da proteção integral, que reconhece esses sujeitos de direitos como destinatários de tratamento especial em razão do seu estágio de desenvolvimento, razão pela qual devem receber a mesma proteção dos dados sensíveis, exigindo-se o consentimento prévio dos pais ou responsáveis, os quais devem concedê-lo de maneira livre e esclarecida, sendo responsabilidade dos agentes de tratamento, de toda a sociedade e do Estado zelar pela prevenção e proteção desse direito fundamental.” Referências: SILVA, Rosane Leal da (Org.) Direitos da Criança e do Adolescente em tempos de internet: diálogos e reflexões no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Maria [recurso eletrônico] /Rosane Leal da Silva (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral N° 14 (2013). Comentário geral n.o 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração. ONU, 2013. Disponível em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em 17 set. 2021. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral N° 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital. ONU, 2021. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/biblioteca/comentario-geral-n-25/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Contribuinte: Elisa Viana Dias Chaves

Número: OP-271346

Data: 07/11/2022 - 13:58

Resumo: "O Instituto Alana 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.. O Instituto Alana informa, desdeentendimentos quanto ao tema objeto da tomada de subsídios: »» 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 Adolescente), 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.

Contribuinte: João Francisco de Aguiar Coelho

Número: OP-271349

Data: 07/11/2022 - 14:13

Resumo: "A proteção de dados de crianças e adolescentes tem como pressuposto as garantias e salvaguardas previstas em instrumentos nacionais e internacionais a esse grupo. Em outras palavras, crianças e adolescentes devem ser protegidas e necessitam de cuidados especiais nos múltiplos espaços e aspectos de suas vidas. Para tanto, há que se entender que a regulação que venha a disciplinar o tratamento adequado de dados pessoais de crianças e adolescentes deve estar de acordo com essa proteção específica. Nesse contexto, a interpretação conferida à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) deve, de fato, ter como ponto de partida esse nível de proteção e garantias. O debate ao redor da proteção concedida na LGPD, no que tange a essa questão, deu ensejo a diferentes propostas de interpretação, particularmente quanto ao alcance contido no art. 14 e seus respectivos parágrafos. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) lista para esta tomada de subsídios as seguintes propostas de interpretação: i) Aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal (art. 14, §1º da LGPD) como única hipótese legal; ii) Aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11, LGPD e sua possível equiparação com dados sensíveis; iii) Aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD e o princípio do melhor interesse; Importante mencionar de início que a escolha e a possibilidade de uso de uma ou outra base legal não impacta em outros elementos de proteção, particularmente no que tange ao design dos serviços voltados para crianças e adolescentes. Ademais, também há que se entender que tanto a definição de políticas direcionadas ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, quanto à entrega de informação e aos mecanismos de exercício de seus direitos, devem ser compatíveis com as necessidades especiais desse grupo e observada a progressividade de seu desenvolvimento. Estas últimas questões, ainda que significativas e relevantes (e presentes, por exemplo, no “Código de Práticas para Serviços On-line: Design Adequado para a Idade” da autoridade de proteção de dados britânica, ICO, tradução ao português provida em destaque junto com o material complementar enviado por e-mail), não são objeto de análise da presente tomada de subsídios. Entende-se que parece mais compatível com o texto, lógica e objetivos da lei, somado ao contexto protetivo, a terceira

interpretação, qual seja, de que as bases legais previstas no arts. 7º e 11 da LGPD podem ser utilizadas para tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Isso sempre e quando o direcionamento do tratamento seja para o atendimento do melhor interesse das crianças e adolescentes e que os princípios de proteção e as garantias e os direitos dos titulares também estejam ajustados para a proteção integral desse grupo, em atenção às suas características. O Papel do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: No tocante à interpretação a ser dada ao caput do art. 14 da LGPD (objeto primordial da presente tomada de subsídios), entende-se que a intenção do legislador parece ter sido privilegiar o melhor interesse da criança e do adolescente. Este entendido tanto como um direito das crianças e adolescentes, como também um princípio norteador da estruturação de qualquer mecanismo de tratamento de dados de crianças e adolescentes, ademais das regras e políticas do tratamento. A previsão legal do mencionado art. 14 da LGPD tem guarida constitucional (art. 227 da Constituição Federal), pois trata da tutela dos direitos e valores do núcleo familiar, visando, em especial, a proteção dos sujeitos mais vulneráveis dessa entidade social, quais sejam, as crianças e os adolescentes. Criando, pois um vínculo entre genitores e/ou responsáveis legais na condução e atendimento de valores que sejam capazes de convergir em um ambiente sadio e proporcional a seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa humana. Adicionalmente, o Brasil também está vinculado a Convenções internacionais que protegem os direitos das crianças - como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 19) - que igualmente prescrevem tanto o interesse superior da criança, quanto também entendem que deve existir uma progressividade retratada na participação de crianças e adolescentes nas tomadas de decisão que possam afetar as suas vidas. Nesse contexto, a LGPD abordou comandos que orientam essa perspectiva de maior proteção a esse grupo dotado de vulnerabilidade. O legislador tinha em aberto diferentes caminhos para suprir e cumprir com essa perspectiva, uma delas teria sido, ab initio, estabelecer natureza diferenciada para os dados de crianças e adolescentes, assim como o fez com diferentes elementos característicos na categoria de dados sensíveis (definidos no art. 5º, II, LGPD). Dados de crianças e adolescentes, todavia, não foram considerados pelo legislador como automaticamente dados pessoais sensíveis, o que resultaria em distinta proteção pela natureza dos dados. Igualmente, o elemento idade não se mostra dentre os critérios que levam um dado a ser considerado como sensível. A LGPD quando trata de dados de crianças e adolescentes remete ao art. 14 como mencionado acima e quando trata, por exemplo, de dados de pessoas idosas (também um grupo protegido pela Constituição e tratados internacionais, assim como leis específicas, notadamente o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03) remete à ANPD para “garantir que o tratamento de dados (...) seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento” (art. 55-J, XIX, LGPD). Há que se notar o caráter *suis generis* nas exigências delimitadas ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, tendo em vista a relação com o grupo protegido, requerendo formas e meios mais criteriosos para o tratamento dos dados pessoais, mesmo não se enquadrando na proteção de dados sensíveis. Em outras palavras, a LGPD parece entender que o interesse superior das crianças e adolescentes deve servir de guia, gerando um nível diferenciado de proteção tanto de dados pessoais em sentido amplo como de dados pessoais sensíveis de

crianças e adolescentes. Logo, a interpretação do art. 14, caput, da LGPD não importa em efeitos diretos na definição da natureza do dado pessoal, isto é, se sensível ou não. Portanto, também em linhas gerais também não afeta as possíveis bases legais que podem ser utilizadas para tratamento de dados de crianças e adolescentes. Delimitando quando Deve Estar Presente o Consentimento Específico dos Pais ou Responsáveis: É importante, contudo, analisar como o caput do art. 14 se relaciona com o § 1º do mesmo artigo da LGPD, que tem a seguinte linguagem: “Art. 14 § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”. Há uma orientação por parte da norma em buscar um consentimento “qualificado” (específico e em destaque) de pelo menos um dos genitores ou responsáveis legais de crianças. Poder-se-ia inferir que o tratamento de dados de crianças dependeria da base legal de consentimento (dos pais ou responsáveis legais). Essa interpretação, contudo, tem o caveat de não iluminar a situação de se seria necessário consentimento no caso de dados de crianças e não de adolescentes. Isso porque, o caput do art. 14, LGPD trata de crianças e adolescentes, além das determinações do Estatuto da Criança e do Adolescente, ocupado também em diferenciar crianças e adolescentes. Isso sem falar que apesar das Convenções Internacionais definirem crianças como menores de 18 anos, elas também expressam o já mencionado acima princípio da progressividade que indica que deve haver na prática uma crescente participação dos menores de acordo com o seu nível de desenvolvimento. O art. 14 § 1º (LGPD), que trata do consentimento dos pais ou responsáveis, não parece se referir a bases legais de tratamento como um todo, mas sim quando houver o uso dessa base, existe a necessidade de se obter o consentimento dos pais ou responsáveis como um mecanismo de proteção a mais para crianças, tendo em vista a proteção específica que o melhor interesse da criança e adolescente indica, em um quadro de progressividade de sua participação. Nesse sentido, o alcance da normativa do art. 14 § 1º (LGPD) deve ser funcionalizado ao que estabelece o caput. Logo, recomenda-se o consentimento para tratamento de dados pessoais de crianças, desde que observado o princípio do seu melhor interesse e a progressividade de sua capacidade. No presente, tendo em vista o objeto da consulta da ANPD não se adentra na definição específica do conceito de criança presente no parágrafo, nem no modo de obtenção, verificação e/ou autenticação da mesma, nem da forma de consentimento específico a ser requerido de pais ou responsáveis. Suficiente está que se possa entender que a regra no § 1º não implica em uma limitação de bases legais ao consentimento. Há inclusive situações em que o melhor interesse da criança leva a que o consentimento dos pais ou responsáveis não seja o mais adequado. Pode-se ilustrar com o exemplo de crianças que sofrem abusos dentro do contexto familiar e demais hipóteses legais contidas no art. 1.638 do Código Civil, em que há a possibilidade de perda do poder familiar em relação aos filhos; assim como cumprimento de políticas públicas, e.g. matricular crianças e adolescentes em escolas e colégios. Nestas situações, por disposição legal ou determinação judicial, inclusive, existe a possibilidade de se ter o tratamento de dados sem que haja o consentimento (e quiçá o conhecimento) de pais ou responsáveis. Adicionalmente, a exemplo do que prevê o art. 26 do Estatuto da Juventude: “O jovem tem direito à comunicação e à livre expressão, à produção de conteúdo, individual e colaborativo, e ao acesso às tecnologias de informação e comunicação”, também deve existir um espaço

para expressão individual e livre, particularmente da criança e do adolescente. Outro contexto relevante são os casos de situações de emergência médica ou de prevenção e proteção à vida e tutela da saúde, que podem se enquadrar nas bases legais presentes nos arts. 7º, VII e VIII e 11º, II, ‘e’ e ‘f’ da LGPD. Isso de fato também aparece em outros sistemas como no Regulamento Europeu de Proteção de Dados (GPDR), precipuamente no Preâmbulo 38 (“O consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança”).

A Compatibilidade da Interpretação com Outros Sistemas: A lógica interpretativa apresentada na hipótese de interpretação nº 3 da proposta da ANPD e defendida no presente, também parece estar de acordo com a racionalidade de proteção de dados utilizada em outros sistemas de proteção de dados pessoais como na Europa e no Reino Unido, por exemplo. A visão Europeia propõe que não há uma restrição nas bases legais a serem utilizadas, mas sim de que quando houver o uso de consentimento como base legal, que esse deva ser dado de acordo com a capacidade da criança, definido como menor de 16 ou por lei específica nacional (art. 8, GDPR). Os guias da autoridade britânica indicam claramente essa interpretação quando estabelecem que o “(a)rticle 8 of the UK GDPR (...) does not require you to always get consent for the processing of children’s personal data in this context, but if you choose to rely on consent it sets out further conditions”.

Adicionalmente, na recente decisão da Autoridade Irlandesa (mantida pelo EDPB em procedimento de questionamento do art. 65 do GDPR) que sanciona a empresa Meta frente a tratamento irregular de dados de crianças e adolescentes, há toda uma análise sobre a possibilidade de tratamento de dados desse grupo ainda com referência a bases legais múltiplas, inclusive de interesse legítimo do controlador. (Vide: <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2022-09/02.09.22%20Decision%20IN%2009-09-22%20Instagram.pdf>). Sendo assim, tem-se que a hipótese de interpretação nº 3 da proposta dada pela ANPD parece ser a mais compatível com a lógica da LGPD e com a guarda constitucional e proteção de crianças e adolescentes nacional. Além de estar em linha com a proteção de dados de crianças e adolescentes de sistemas considerados protetivos como o da União Europeia e do Reino Unido.

A Relevância do Design para Proteção e das Garantias e Salvaguardas Adicionais: Importante notar que isso não quer dizer que não devam existir proteções adicionais que garantam o melhor interesse dos menores em uma visão sistêmica dos mecanismos de proteção presentes na LGPD. Um exemplo é o tratamento de dados para fins de publicidade e marketing direcionado à criança em que já existem normativas que indicam uma restrição para a coleta de dados e o seu conseqüente tratamento (Resolução CONANDA nº 163/2014). Entende-se que, portanto, que devem existir salvaguardas e garantias para a proteção de crianças e adolescentes, que devem estar presentes inclusive desde a concepção e por default. Em outras palavras, desde o design de qualquer produto ou serviço disponibilizado, este deve estar pensado para proteger os direitos e os interesses de crianças e adolescentes. Para tanto, a ANPD pode se inspirar em outras autoridades internacionais e conduzir um projeto similar ao “Código de Práticas para Serviços On-line: Design Adequado para a Idade” da autoridade de proteção de dados britânica. Neste aparecem obrigações técnicas e organizacionais que implementam na prática as salvaguardas do melhor interesse. Seguindo por esse caminho, a

ANPD estará dando indicativos substanciais sobre o modo de condução responsável e voltado ao resguardo do melhor interesse de crianças e adolescentes. Em suma, nota-se que a LGPD buscou concretizar a proteção de crianças e adolescentes através de comando específico no art. 14. Poderia ter sido assertivo em caracterizar dados desse grupo como de natureza sensível. Contudo, optou por focar a atenção na obrigação de melhor interesse de menores, visando uma obrigação substantiva para todo e qualquer tratamento de dados de crianças e adolescentes. A terceira interpretação proposta - de que o tratamento de dados pessoais de menores de idade pode ser legitimado a partir das hipóteses legais contidas nos arts. 7º e 11 da LGPD - apresenta como o caminho normativo eleito pelo preceito legal.

Contribuinte: Christian Augusto Slomp Perrone de Oliveira

Número: OP-271382

Data: 07/11/2022 - 14:57

Resumo: "A CNSeg - Confederação Nacional das Seguradoras, apresenta a sua manifestação à Tomada de Subsídios sobre a proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. No estudo preliminar elaborado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("ANPD") sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes foram identificadas três possíveis interpretações para os dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ("LGPD") concernentes ao assunto, a saber: (i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal, conforme art. 14, §1º da LGPD, como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e (iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse. Após discorrer a respeito dos argumentos favoráveis e contrários a cada uma dessas linhas interpretativas, o estudo concluiu que aquela que expressa a melhor exegese da LGPD é a terceira, que entende ser possível o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas em seus artigos 7º e 11, desde que seja observado o melhor interesse desses titulares. Nesse sentido, propõe-se a edição de enunciado com a seguinte redação: O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei. Ao analisar a matéria sob a ótica do mercado de seguros, a CNseg concluiu igualmente que a melhor interpretação dos dispositivos da LGPD é aquela que admite que os dados pessoais de crianças e adolescentes sejam tratados com base nas hipóteses previstas nos artigos 7º e 11 da lei. Tal como apontado no estudo preliminar elaborado pela ANPD, conquanto a LGPD tenha estabelecido regramento mais rígido para a obtenção do consentimento dos pais ou responsável legal da criança para o tratamento dos seus dados pessoais, não afastou a possibilidade de o agente de tratamento se valer de outras bases legais

para o tratamento desses dados. Não se verifica na LGPD nenhuma regra que possa respaldar uma interpretação que vede o uso das bases legais previstas nos artigos 7º e 11 para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Neste sentido, vale citar as ponderações dos Professores Gustavo Tepedino e Chiara Teffé sobre o tema: Há também na LGPD hipóteses de tratamento de dados de menores sem a necessidade de consentimento. Como afirmado na primeira parte do texto, o consentimento é uma das bases legais para o tratamento de dados, mas não a única. No caso em tela, que envolve menores de idade, não parece ter sido estabelecida norma com rol específico e exclusivo para o tratamento dos dados desses sujeitos, devendo ser aplicadas, como regra, as disposições dos arts. 7º e 11. Entende-se que o art. 14 complementa as mencionadas bases legais trazendo algumas restrições e hipóteses específicas para o tratamento de dados de menores. Esse entendimento, porém, ainda se encontra em construção e, em razão da importância da temática, deverá ser objeto de esclarecimento por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira . (grifou-se) A se pensar de modo diverso, poderia haver embaraço inclusive para o cumprimento da lei, em flagrante e inadmissível prejuízo ao interesse público e ao próprio menor. Bastaria a recusa dos pais ou do responsável legal da criança de consentir com o tratamento dos seus dados pessoais para obstar que um controlador pudesse cumprir uma obrigação legal ou regulatória. Não parece, contudo, que a LGPD tenha criado hipótese capaz de subordinar o interesse público à vontade do particular. Fosse essa a intenção do legislador, estaríamos diante de uma regra desarrazoada e desproporcional, de duvidosa constitucionalidade. Condicionar o tratamento de dados pessoais de crianças à obtenção do consentimento de um dos pais ou do representante legal ainda poderia impossibilitar o pleno exercício do direito de defesa em processos judiciais, administrativos e arbitrais, revelando, também sob essa perspectiva, um aparente conflito dessa interpretação com a Constituição Federal, mais particularmente com seu artigo 5º, inciso LV. A título exemplificativo, em uma disputa entre um controlador e os pais de uma criança, caso fosse o consentimento a única base legal apta a autorizar o tratamento de dados, o controlador estaria inviabilizado de produzir provas utilizando quaisquer dados ligados ao menor, mesmo que tais dados estejam em sua posse e sejam necessários para o exercício do seu direito de defesa. E mais, como a LGPD garante ao titular o direito de solicitar a exclusão dos dados tratados com base no consentimento, sem a necessidade de apresentação de qualquer justificativa, isto facultaria, aos pais, na situação exemplificada, solicitar a eliminação de dados estratégicos, permitindo a manipulação indevida de documentos. Além disso, cumpre destacar que o caput do artigo 14 da LGPD faz referência à expressão “legislação pertinente”, permitindo extrair da norma dois significados distintos. O primeiro é que a LGPD deve ser lida juntamente com outras leis, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e o Código Civil, de modo a se obter uma interpretação harmônica e sistêmica do arcabouço jurídico brasileiro. Mas há ainda um segundo significado importante nessa expressão, no sentido de que esse dispositivo estaria expressamente autorizando o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para o cumprimento de obrigações legais ou regulatórias, para a execução de políticas públicas prescritas em leis ou regulamentos, ou, ainda, para garantir o exercício regular de direitos, desde que essas obrigações estejam de acordo com a “legislação pertinente”. Ou seja, ao interpretar a LGPD de modo harmônico com outras leis, conclui-se que os

tratamentos de dados pessoais de crianças e adolescentes é legítimo, independentemente do consentimento de um dos pais ou responsável legal, desde que esteja presente alguma das bases legais do artigo 7º ou, para dados pessoais sensíveis, do artigo 11 da lei, desde que observado o melhor interesse do menor. Por fim, mas não menos importante, cumpre ressaltar a existência de dificuldades práticas e jurídicas para a adoção de interpretações mais restritivas dos dispositivos da LGPD. Limitar o tratamento de dados pessoais de crianças à base legal do consentimento poderia criar um obstáculo de ordem prática quase intransponível. Por outro lado, equiparar o dado pessoal de crianças e adolescentes à categoria de dado pessoal sensível ocasionaria uma insegurança jurídica enorme, uma vez que representaria uma interpretação totalmente incompatível com o conceito de dado pessoal sensível estabelecido no artigo 5º, inciso II, da LGPD, que não abarcou explicitamente categorias de titulares em seu rol, mas apenas tipos de dados. Portanto, com o devido respeito àqueles que pensam de modo diverso, não parece ser possível adotar qualquer interpretação que imponha restrições não previstas em lei para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Embora pudesse ser uma escolha de duvidosa constitucionalidade, quisesse o legislador estabelecer o consentimento como única base legal para permitir o tratamento desses dados, deveria tê-lo feito de modo expresse, como também deveria tê-lo feito caso tivesse querido conferir aos dados pessoais desses titulares a natureza de dados sensíveis. Ante o exposto, uma vez que a adoção de interpretação mais restritiva dos dispositivos da LGPD que versam sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes impactará negativamente nas atividades dos agentes que realizam o tratamento desses dados, inclusive (e principalmente) em setores regulados, como é o caso do mercado de seguros, que realiza inclusive o tratamento de dados pessoais para o cumprimento de obrigações legais e regulatórias, a CNseg manifesta sua concordância com a conclusão do estudo realizado pela ANPD e com a proposta de enunciado. Entretanto, como forma de complementar a conclusão do estudo preliminar e visando conferir ainda mais clareza ao enunciado a ser editado pela ANPD, de modo a harmonizá-lo com a literalidade da norma, propõe-se a adoção da seguinte redação adicional: O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art.11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art.14 da Lei. Caso o consentimento seja a base legal mais apropriada no caso concreto, observado o melhor interesse da criança, o agente de tratamento deverá coletar o consentimento nos termos do art.14, §1º, LGPD.

Contribuinte: Mariana Coelho de Mendonça

Número: OP-271389

Data: 07/11/2022 - 15:01

Resumo: "O Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria Pública de São Paulo defende, por um lado, que o consentimento dos pais/responsáveis não pode ser a única hipótese a legitimar o tratamento de dados pessoais de criança e adolescentes; e, por outro,

uma interpretação não tão extensiva da LGPD, que permita outras hipóteses de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, mas desde que respeitado, sempre, o melhor interesse da criança e do adolescente. Ao se lançar mão do melhor interesse como direito fundamental e como princípio interpretativo, deve-se afastar, de plano, a aplicação dos incisos IX e X do art. 7º da LGPD.

Contribuinte: Letícia Marquez de Avelar

Número: OP-271396

Data: 07/11/2022 - 15:13

Resumo: "O Instituto Alana vem, respeitosamente, apresentar contribuição à Tomada de Subsídios da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (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. A contribuição aqui enviada está resumida, de modo a comportar os principais pontos que devem ser considerados por esta Autoridade. A contribuição completa do Instituto Alana será enviada por anexo ao e-mail da normatização. Pede-se, encarecidamente, que a leitura desta contribuição seja complementada pelo documento integral. 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". 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 qualquer 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. Para tanto, atua na promoção e proteção de direitos fundamentais de crianças, com base no 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). 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 Adolescente), 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 Pessoais 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. 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 vênias 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 Autoridade. 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 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. 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. 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 desta ilustre ANPD. Instituto Alana Criança e Consumo

Contribuinte: Thais Roberta Rugolo

Número: OP-271407

Data: 07/11/2022 - 15:36

Resumo: : "Autoria: Elora Fernandes e Filipe Medon Inicialmente, os autores desta contribuição gostariam de congratular a ANPD pela publicação do estudo preliminar e da chamada para tomada de subsídios referentes às bases legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes. De fato, este é um dos pontos mais controversos da LGPD que, além de causar grande insegurança jurídica, tem o potencial de colocar em risco os direitos de crianças e adolescentes no Brasil, que são dignos de proteção integral pelo ordenamento. Assim, o engajamento da ANPD no tema e a publicação do enunciado serão essenciais para marcar o que se espera ser o início de uma regulamentação específica relacionada ao tratamento de dados de crianças e adolescentes. É assim que se pretende que os breves pontos destacados abaixo possam contribuir para o debate, permanecendo os

autores sempre à disposição para o esclarecimento de quaisquer dúvidas. Em tempo, cumpre destacar que será enviado artigo científico elaborado pelos autores ao e-mail normatizacao@anpd.gov.br, como solicitado pela chamada. Este artigo desenvolve com maior aprofundamento os pontos destacados nesta contribuição.

1) Da avaliação do melhor interesse em abstrato O estudo técnico afirma, em seu parágrafo 61, que a avaliação do atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente não pode ser realizada em abstrato. De fato, o Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU, em seu Comentário Geral nº 14, determina que o conceito do melhor interesse deve ser determinado caso a caso (para. 32). Contudo, isso não significa que a interpretação desse princípio deva ser apenas determinada individualmente, no momento da aplicação da lei. Ao contrário, existem situações em que sua interpretação a priori e uma regulação ex ante revelam-se essenciais para a própria garantia de direitos fundamentais. O Comitê dispõe que, no caso de decisões coletivas – como aquelas tomadas pelo legislador – o melhor interesse deverá ser analisado e determinado à luz das circunstâncias do grupo ou das crianças em geral. Neste sentido, não há qualquer obstáculo que impeça a realização de uma interpretação a priori para que a aplicação de determinadas bases legais seja considerada incompatível com o melhor interesse.

2) Das bases legais aplicáveis Em seu parágrafo 69, o estudo técnico afirma que o Art. 14, §1º, não vedou a utilização de outras hipóteses legais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Apesar de não ter expressamente proibido a utilização de outras bases legais para além do consentimento (e daquelas presentes no art. 14, §3º), o dispositivo necessariamente demanda uma interpretação da LGPD de acordo com o melhor interesse, nos termos do artigo 14 e da legislação pertinente, além de coerente com todo o ordenamento jurídico pátrio. Como já explicitado pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, em seu Comentário Geral nº 14, o melhor interesse deve ser considerado um princípio jurídico interpretativo. Isto é, quando há dúvidas sobre a interpretação de um dispositivo legal, como é o caso do artigo 14 da LGPD, deve-se sempre escolher a interpretação que efetivamente melhor satisfaça os direitos fundamentais de crianças (aqui entendidas pela Convenção como pessoas de até 18 anos incompletos). De fato, a aplicação de diversas bases legais para além daquelas já explicitadas no art. 14 será essencial para a própria efetivação de direitos fundamentais, como já destacado pelo estudo preliminar. Mais ainda, o consentimento não poderá ser utilizado em diversas situações pela falta de um real poder de escolha por parte do titular de dados pessoais, seja devido a demandas legais, seja pela existência de relações com assimetria de poder. Nesse sentido, seria preciso analisar cada uma das bases legais a fim de verificar se são compatíveis com o princípio do melhor interesse e da legislação pertinente. Essa compatibilidade se torna problemática quando estamos diante de bases legais extremamente flexíveis, como as do legítimo interesse e da proteção ao crédito (Art. 7º, XI e X). A possibilidade de o agente de tratamento analisar o melhor interesse individualmente em cada caso abre portas para interpretações contrárias aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e pode colocar em xeque a necessária transparência. Essa, portanto, é uma escolha arriscada. No caso de interesses legítimos, reconhece-se a existência de situações em que ele pode estar alinhado ao melhor interesse, como no caso de segurança de rede ou de helplines que possam querer direcionar conteúdos educativos e de apoio a crianças e adolescentes. Contudo, entende-se que outras bases legais poderão ser utilizadas nessas

situações como obrigação legal ou mesmo a base legal presente no Artigo 14, §3º, que permite o tratamento de dados de crianças para a sua proteção. Essa é, inclusive, uma base legal que demandaria orientação em atividade futura da ANPD. O caso da proteção ao crédito parece ser ainda mais problemático. Uma vez que o interesse do agente de tratamento, nesse contexto, é intrinsecamente financeiro, ele não poderia se sobrepor, em uma perspectiva de ponderação, à privacidade e à proteção dos dados de crianças e adolescentes, cuja tutela é essencial e instrumental para a concretização de outros direitos fundamentais. Destaca-se que essa base legal não existe, por exemplo, no âmbito da União Europeia, tendo advindo diretamente da pressão do setor financeiro e de data brokers durante a tramitação dos projetos de lei que deram origem à LGPD. Nesse sentido, o Comentário Geral nº 25, do Comitê sobre os Direitos da Criança, determina expressamente que Estados membros devem proibir por lei que dados de crianças sejam utilizados para profiling ou targeting com fins comerciais (para. 42). Destaca-se, nesse sentido, que o próprio estudo preliminar desenvolvido pela ANPD não apresenta exemplos de aplicação desta base de forma alinhada ao melhor interesse de crianças e adolescentes. Em suma, ao se lançar mão do melhor interesse como direito fundamental e como princípio interpretativo, é possível afastar, de plano, a aplicação dos incisos IX e X do art. 7º. É preciso ressaltar que a mera inconveniência para agentes de tratamento não deve levar a menos controle para os titulares de dados. Caso a ANPD entenda, porém, que estas bases legais podem sim ser utilizadas, isso necessariamente demandaria um aprofundamento teórico, sobretudo por meio da definição de salvaguardas que garantam os direitos dessas pessoas em desenvolvimento. Assim, caso não se exclua de antemão a aplicação das bases legais acima referidas, sugere-se que elas sejam relegadas à última ratio, dada a insegurança que podem acarretar. Recomenda-se, em especial, que seja fornecida orientação expressa sobre casos de aplicação que são explicitamente incompatíveis com o melhor interesse, como o direcionamento de publicidade.

3) Da necessidade de proteger dados de crianças e adolescentes por design

Como já destacado anteriormente, o enunciado que será fruto desta consulta é essencial para que se inicie a discussão pública sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes no Brasil. Contudo, ressalta-se aqui a importância de uma orientação aprofundada sobre a proteção de dados de crianças e adolescentes por design, na esteira do que outras autoridades ao redor do mundo já têm realizado. Quando as necessidades específicas destas pessoas são levadas em consideração desde o início do desenvolvimento de tecnologias, a escolha da base legal, apesar de ainda ser essencial, perde a sua gravidade, tendo em vista que o controle do titular de dados permanecerá sendo o principal objetivo. Essa orientação é ainda mais importante no momento atual, levando-se em consideração o dado de que muitas instituições privadas e públicas ainda estão em fase de adequação à LGPD. Neste processo, elas podem desenvolver hábitos de tratamento de dados contrários aos interesses de crianças e adolescentes que podem ser difíceis de se reverter futuramente. Não há dúvidas de que ainda há muitos temas a serem regulamentados pela ANPD. Nada obstante, não se pode perder de vista que, por mandamento constitucional, direitos de crianças e adolescentes devem ser prioridade e a sociedade civil já está mais do que preparada para contribuir com a autoridade em processos co-participativos como este que, em boa hora, a ANPD inicia.

Contribuinte: ELORA RAAD FERNANDES

Número: OP-271421

Data: 07/11/2022 - 16:18

Resumo: "A dúvida levada ao debate atrai dois outros desafios: a) quais seriam as hipóteses abarcadas pela dispensa do consentimento dos pais ou responsáveis, e que corresponderiam ao melhor interesse da criança (e do adolescente)? b) a omissão nos parágrafos quanto à proteção dos dados de adolescentes. Estariam esses titulares ao abrigo das disposições dos parágrafos do art. 14? Com o enfrentamento conjunto desses desafios é possível dirimir, especificamente, a controvérsia entre o §1º e o §3º do artigo 14. Em análise à primeira das situações, em nosso entender, o caput do artigo 14 explicita uma limitação às hipóteses de tratamento de dados de crianças e adolescentes apenas quando voltado a seu melhor interesse, limitação que deve ser estendida às disposições seguintes em seus parágrafos. O consentimento dos pais ou responsáveis como exclusiva permissão ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, pode ocasionar um isolamento desses titulares frente às demais hipóteses de tratamento, a ponto de não corresponder a seu melhor interesse. Diante disso, existem duas situações previstas no §3º: primeira parte) permitir uma única coleta, e apenas a coleta, dos dados de titulares menores de idade nas hipóteses em que seja impossível a obtenção do consentimento – já que, nesta hipótese, a coleta é expressa e exclusivamente autorizada para o contato com os pais ou responsável. Importante considerar que o contato deverá ocorrer apenas quando voltado ao melhor interesse da criança e do adolescente, como determina o caput do artigo, onde depreende-se que, nas hipóteses em que o titular menor de idade estiver em situação de perigo diante dos próprios pais ou responsável, essa não será a permissiva aplicável; segunda parte) para a proteção da criança e adolescente. Neste item específico, estariam autorizados outros tratamentos de dados, e não apenas a coleta, como na primeira parte do parágrafo, porém, sem que os dados possam ser repassados a terceiros por não haver o consentimento dos pais ou responsáveis. No entanto, entendemos que, aplicando-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ressaltado no caput, nas hipóteses em que seu titular esteja exposto ou em perigo diante de seus pais ou responsável, é cabível o repasse dos dados apenas à autoridade pública – e como não há o consentimento nessa hipótese, volta-se à primeira parte do parágrafo, não permitindo outro tipo de tratamento além da coleta que deve ser utilizada uma única vez – além do repasse dos dados, exclusivamente à autoridade. Em análise à doutrina que entende pela aplicação das permissivas previstas no art. 7º e no art. 11 às crianças e adolescentes, nos filiamos ao pensamento de que devem ter por base o art. 14, e serem aplicadas de maneira complementar, e não apenas considerando o tratamento dos dados desses titulares como dado pessoal sensível. Nesse viés, sempre que o consentimento for a base legal, deve ocorrer de forma específica e destacada, e voltado à finalidade específica que corresponda ao melhor interesse da criança e do adolescente (art. 14, §1º). As permissivas descritas nos art. 7º e 11 que contenham interesses sociais, como estudos por órgão de pesquisa ou desenvolvimento de políticas públicas, o anonimato deverá ser garantido, visto o melhor interesse da criança e do adolescente no resguardo da sua intimidade e do livre desenvolvimento de sua personalidade. Impõe ressaltar que, a cláusula geral de melhor interesse da criança e do adolescente deve

nortear e estabelecer o primeiro filtro no tratamento de dados de crianças e adolescentes em qualquer que seja a base legal para além do artigo 14, §1º – artigos 7 ou 11 da LGPD. Todavia, entendemos que o tratamento de dados de crianças e adolescentes seja incompatível com a aplicação de qualquer hipótese do artigo 7º, inciso IX – legítimo interesse. Primeiro, é inviável que se coloque qualquer interesse (do controlador ou de terceiros) à frente do interesse da criança ou adolescente. Segundo, porque a flexibilidade admitida para o legítimo interesse é incompatível com a especificidade e limitação exigidos na proteção deste grupo vulnerável. No tocante à omissão aos adolescentes nos parágrafos que seguem o art. 14, nota-se uma contradição com o caput. Importante salientar que em nosso ordenamento jurídico, são consideradas crianças aquelas pessoas com 12 anos de idade incompletos, ainda que possuam tenra idade e esteja na fase infantil. Nesta toada, o Código Civil (Lei 10.406/2002), considerando o grau de amadurecimento psicológico e cognitivo do adolescente médio e preparando-o para a vida adulta, estabelece apenas aos maiores de 16 anos de idade a condição de relativamente incapazes, o que permite que pratiquem determinados atos da vida civil sem a assistência de seus representantes. Por cognição inversa, os adolescentes entre 12 e 16 anos de idade ainda não possuem discernimento para, sem assistência, dizerem livremente sua vontade. Na aplicação do princípio do melhor interesse previsto, também, no Estatuto da Criança e do Adolescente, entendemos que a proteção prevista nos parágrafos do art. 14, deve estender-se aos adolescentes de até 16 anos de idade incompletos.

Contribuinte: Patrícia Corrêa Sanches Lamosa

Número: OP-271427

Data: 07/11/2022 - 16:26

Resumo: "À AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (“ANPD”) Ref.: TOMADA DE SUBSÍDIOS - CRIANÇAS E ADOLESCENTES Prezados, O Peck Advogados vem, por meio desta, apresentar as suas considerações técnicas e legais em resposta à abertura, realizada pela ANPD em 08/09/2022, da tomada de subsídios acerca do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. A referida tomada de subsídios tem, como finalidade, recepcionar as contribuições da sociedade civil e de promover a oitiva dos interessados no tema, com o intuito de observar os posicionamentos apresentados para subsidiar a ANPD na construção de regulamentações sobre o assunto. Nesse ensejo, a ANPD elaborou um estudo de caráter preliminar para fomentar o debate público (“Estudo Preliminar”), que abordou três possíveis interpretações, trazendo os pontos positivos e negativos de cada uma, sendo estas: (i) aplicação do consentimento (artigo 14, §1º da LGPD) como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no artigo 11 da LGPD para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes; e (iii) possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD. Ao final do Estudo Preliminar, a ANPD apresentou sugestão de enunciado que reflete a posição preliminar adotada pela referida autoridade para viabilizar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Assim, com o objetivo de contribuir com a ANPD, apresentamos esta manifestação acerca do tema submetido à

consulta, estando o nosso entendimento em consonância ao apresentado pela ANPD no enunciado acima mencionado. Sem prejuízo, a presente manifestação abordará, nos tópicos a seguir, as três hipóteses interpretativas abordadas pelo Estudo Preliminar, com os devidos fundamentos para que as premissas sejam refutadas ou acatadas, conforme o caso. 1.

Interpretação nº 1 – Aplicação do consentimento (artigo 14, §1º) como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças A exigência do consentimento para tratamento de dados de crianças decorre da interpretação da atual redação do artigo 14, §1º, da Lei 13.709/18 (“LGPD”). Cumpre ressaltar, conforme abordado no Estudo Preliminar, que o Parecer da Comissão Especial publicado quando da discussão do Projeto de Lei nº 4060/2012, posteriormente convertido no texto vigente da LGPD, alterou o texto original do Projeto de Lei que inicialmente mencionava somente que o tratamento de dados de crianças e adolescentes deveria ser realizado no seu melhor interesse, para acrescentar a exigência do consentimento específico e em destaque dado por um dos pais ou responsável legal com o objetivo de garantir um caráter mais restritivo e uma proteção especial aos dados pessoais das crianças, consideradas um grupo vulnerável, pois entendiam que a redação original não fornecia essa proteção especial, motivo pelo qual se buscou atribuir a base legal do consentimento como medida protetiva para se alcançar esta garantia. Esta garantia, no entanto, pode ser alcançada por outras medidas, de forma que o tratamento poderá ser realizado com base em outras hipóteses legais previstas na referida legislação também compatíveis com o melhor interesse da criança e seus direitos fundamentais. A ANPD dispõe, no Estudo Preliminar especificamente em seu capítulo 3.1, os argumentos relacionados à utilização do consentimento como única base legal para o tratamento de dados pessoais de crianças, tecendo, ao final, os argumentos favoráveis e contrários à adoção desta interpretação. Os argumentos contrários trazidos neste capítulo são de extrema importância para a discussão desta interpretação, visto que preveem de forma clara todos os entraves e consequências que a limitação do tratamento ao fornecimento do consentimento dos pais ou do responsável legal da criança pode causar. A problemática acerca do consentimento dos pais ou responsáveis legais ser a única base legal possível para legitimar o tratamento de dados de crianças e adolescentes traz, como consequência, uma barreira que impacta em diversas situações que podem impedir a proteção do melhor interesse da criança, inclusive de seus direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Embora a LGPD preveja, em seu artigo 14, §3º, de forma expressa as exceções ao consentimento para o tratamento de dados pessoais de criança, essas hipóteses não são suficientes para justificar a utilização de dados pessoais destes titulares em atividades cotidianas, a exemplo do tratamento necessário para execução de contrato, seja este um contrato de matrícula em instituição de ensino ou de prestação de serviços de saúde em clínicas ou hospitais. O consentimento possui diversos pré-requisitos exigidos pela LGPD para que este seja considerado válido: deve ser livre, informado, inequívoco, destacado e vinculado a uma finalidade específica. Ademais, poderá ser revogado a qualquer tempo, devendo o Controlador ou o Operador cessar o tratamento dos dados pessoais atrelados à finalidade para a qual o titular havia consentido a partir da revogação (artigos 5º, XII e 11, I da LGPD). Em determinadas situações, o consentimento não atenderá aos pré-requisitos acima mencionados. Exemplificativamente, na celebração de contrato de matrícula em instituição de ensino,

seguindo os moldes atualmente previstos na LGPD, os pais ou responsáveis legais deveriam consentir para o tratamento dos dados pessoais da criança no âmbito escolar, de modo que todas as atividades inerentes a esse cenário deveriam ser respaldadas por essa base legal. No caso acima narrado, teríamos algumas problemáticas, quais sejam: a) o consentimento não seria livre, uma vez que a assinatura do contrato estaria condicionada à obtenção do consentimento; b) tampouco o consentimento seria inequívoco ou estaria vinculado a uma finalidade específica, pois diversas finalidades decorrem da relação entre instituição de ensino e aluno e que são essenciais no âmbito da comunidade escolar, a exemplo de realização de controle de presença, registro de histórico acadêmico, compartilhamento de informações com o Ministério da Educação e Secretarias de Educação, atendimento em ambulatório para primeiros socorros, realização de orientação psicopedagógica, dentre outros. A limitação do tratamento de dados pessoais de criança ao consentimento poderá prejudicar o melhor interesse do menor e a observância às suas garantias constitucionais, uma vez que não há previsão expressa na LGPD para tratamento destes dados pessoais de modo a garantir o cumprimento de obrigação legal ou regulatória. Nesse sentido, elencamos a previsão disposta nos artigos 13 e 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente (em consonância ao artigo 245 do Código Penal) que visa proteger o menor contra maus tratos. Na hipótese de a instituição de ensino verificar que a criança possa estar sofrendo maus tratos ou sendo vítima de abuso sexual em casa, pelos seus pais, algum familiar ou amigos da família, tem o dever de comunicar este fato ao Conselho Tutelar, sendo incongruente a obtenção do consentimento dos pais ou responsável legal para promover esse comunicado, especialmente se considerarmos que o autor do abuso sejam os pais ou o responsável legal. Diante do exposto, em um cenário que o consentimento seria a única base legal para tratamento dos dados pessoais da criança e considerando que as situações abordadas anteriormente não se enquadram nas hipóteses de exceção ao consentimento previstas no artigo 14, §3º da LGPD, resta evidente que, para fazer cumprir todos os deveres previstos nas demais legislações, o tratamento de dados pessoais de crianças deve ocorrer – independentemente do consentimento – com possibilidade de aplicação das demais bases legais, inclusive para garantir o exercício e proteção do seu melhor interesse. Este entendimento inclusive foi corroborado pelo Enunciado 684 da IX Jornada de Direito Civil, que também interpreta que o consentimento não é a única base legal para fundamentar o tratamento de dados pessoais de crianças, podendo outras bases legais serem aplicadas, com base na interpretação sistemática da lei para atender o melhor interesse da criança. A título comparativo, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (General Data Protection Regulation – GDPR) dispõe que outras bases legais podem ser utilizadas para legitimar o tratamento de dados pessoais de crianças, não estando restrito ao consentimento (Considerando 38 da GDPR). Neste sentido, observa-se que a restrição do consentimento como única base legal para o tratamento de dados de crianças pode restringir a garantia do seu melhor interesse e poderá implicar o Controlador em desconformidade legal diante da impossibilidade de observância aos pré-requisitos de obtenção deste consentimento no contexto fático. 2. Interpretação nº 2 – aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no artigo 11 da LGPD para o tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes Em relação à segunda interpretação analisada pelo Estudo Preliminar, ou seja, de que seria possível apenas a aplicação das hipóteses legais

previstas no artigo 11 da LGPD para embasar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, tal entendimento não nos parece razoável. Esta linha interpretativa advém do entendimento de que os dados de crianças e adolescentes seriam equiparados aos dados pessoais sensíveis, por demandarem maior necessidade de proteção, e, portanto, maior restrição na sua utilização. Nesse sentido, um dos indícios que são utilizados para a defesa dessa linha argumentativa é que o consentimento citado no artigo 14 deve ser específico e destacado, para finalidades específicas, na mesma linha que o consentimento previsto no inciso I do artigo 11 da LGPD, que trata sobre as bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis. Contudo, a LGPD trouxe a definição expressa do que pode ser considerado um dado pessoal sensível, de acordo com a definição apresentada no inciso II de seu artigo 5º: “Art. 5º (...) 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;” Nesse sentido, vê-se que a definição trazida pela LGPD é exaustiva, não comportando ampliação do rol apresentado. Devemos lembrar que toda a lógica envolvendo o processo legislativo da LGPD se pautou na estruturação da categoria de dados sensíveis em rol taxativo, o que obstaculiza a extensão da classificação a outras categorias de dados, como é o caso dos dados de crianças e adolescentes. Na mesma linha, nem o GDPR nem o COPPA trazem os dados de crianças como dados sensíveis. E, para além dessa questão formal, a extensão da equiparação, ainda que não fosse contra legem, abriria uma margem perigosa para a aplicação restritiva da lei, com impactos à segurança jurídica na esfera de tratamento de dados pessoais. Além disso, como citado pelo próprio Estudo Preliminar, a classificação de um dado pessoal como sensível está relacionado à sua natureza, e não ao titular com o qual está vinculado. Exemplificativamente, as informações de antecedentes criminais não são consideradas como dados pessoais sensíveis pela LGPD, apesar de possuírem uma natureza que pode representar um risco maior aos titulares. Veja-se, mesmo uma informação que pode afetar significativamente o direito ao emprego de um candidato a processo seletivo pode ser tratado pelo empregador. Nesses casos, o que há é a definição de requisitos mínimos para que tal consulta seja legítima pelo empregador, como no caso de motorista de transporte de cargas e de colaboradores que terão acesso a informações sigilosas da empresa. Houve, pelo Tribunal Superior do Trabalho, um balanceamento entre a necessidade de resguardar a operação e segredos do empregador com os direitos fundamentais do titular. É possível traçar um paralelo entre esta situação e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, especificamente diante da interpretação analisada neste momento. Não se nega que crianças e adolescentes podem estar mais suscetíveis a efeitos negativos do tratamento de seus dados pessoais, uma vez que podem não compreender na totalidade as consequências e efeitos do tratamento. Contudo, assim como foi possível atingir um balanceamento no caso de uso de informações de antecedentes criminais, também é possível atingir tal balanceamento com o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a LGPD, em linha com a Convenção sobre os Direitos da Criança, da UNICEF, determinou que os tratamentos envolvendo dados pessoais de crianças e adolescentes sejam realizados em seu melhor interesse. Em outras palavras, essa disposição altera o racional no tratamento

de dados pessoais, no sentido de que o Controlador deverá prestar especial atenção aos interesses existentes em determinada atividade de tratamento (seja da criança, de seus pais, do próprio controlador ou de terceiros) e analisar se o melhor interesse da criança ou adolescente será atendido no caso concreto. Além disso, a Resolução CD/ANPD nº 02, de 27 de janeiro de 2022, ao dispor sobre as regras de tratamento de dados pessoais por agentes de tratamento de pequeno porte, considerou como sendo de alto risco os tratamentos que envolvam dados pessoais de crianças e adolescentes. Nesse sentido, ao determinar que o tratamento é de alto risco, a resolução citada acendeu um sinal de alerta aos controladores, que deverão analisar com maior cuidado as atividades de tratamento que envolverem esses titulares. Inclusive, o Enunciado 679 da IX Jornada de Direito Civil, realizado entre os dias 19 e 20 de maio de 2022, traz o entendimento de que o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) é uma ferramenta para prevenir danos quando o tratamento de dados pessoais for considerado de alto risco. Nesse sentido, e não obstante não possuírem caráter vinculante, os enunciados retratam o entendimento e posicionamento de significativa parcela da sociedade sobre as discussões atuais acerca de temas jurídicos. Assim, existindo a possibilidade de balanceamento entre o melhor interesse e os direitos fundamentais das crianças e adolescentes com o interesse e necessidade de o Controlador tratar dados pessoais de crianças, conclui-se que interpretar dados de adolescentes e, principalmente, de crianças como dados pessoais sensíveis, além de traduzir um zelo excessivo e desnecessário, pode representar uma verdadeira limitação ao tratamento dos dados dessas categorias de titulares, mesmo em situações comuns nas quais o tratamento é necessário ou interessante para o próprio titular. Nesse sentido, o próprio Estudo Preliminar reconheceu que “a equiparação entre estes dados e os dados de crianças e adolescentes pode inviabilizar situações triviais de tratamento de dados pessoais desses titulares e, até mesmo, gerar impactos negativos aos direitos de crianças e adolescentes, violando o princípio do melhor interesse”. Não é demais reforçar que o melhor interesse do menor nem sempre estará alinhado ao interesse do seu responsável legal, de forma que a aplicação da base legal do consentimento pode se mostrar prejudicial, notadamente em casos de conflito de interesses do menor com o seu responsável legal. Conclui-se, portanto, que a referida equiparação não se mostra como a melhor alternativa para a questão em análise, uma vez que: (i) a LGPD não incorporou, na definição de dados pessoais sensíveis, os dados de crianças e adolescentes; (ii) o rol da definição de dados pessoais sensíveis, da forma como apresentado, é taxativo; (iii) a própria ANPD já reconheceu que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes é considerado como de alto risco, o que já traz, por si só, atenção especial ao tratamento; (iv)

é possível atingir o balanceamento entre os melhores interesses da criança e adolescente com os interesses legítimos do controlador, como por exemplo, por meio da elaboração de RIPD; e (v) a limitação à utilização das bases legais do artigo 11 para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá representar uma restrição a tratamentos que podem beneficiar os próprios titulares. 3. Interpretação número 3 – possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD. Na terceira interpretação trazida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados em seu Estudo Preliminar, tem-se que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pode ser realizado com fundamento nas hipóteses legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, desde

que observado o melhor interesse da criança, como determina o artigo 14 do mesmo diploma legal. No mesmo sentido, o estudo sugere que o §1º do artigo 14 não veda a aplicação das demais hipóteses de tratamento, porém traz requisitos para que o tratamento de dados pessoais de crianças seja realizado com amparo do consentimento, o qual deverá ser obtido por pelo menos um dos pais ou responsável legal de forma específica e destacada, ainda que não abrangidos, no caso, dados pessoais sensíveis. Em complementação a este entendimento, vale lembrar que durante a IX Jornada de Direito Civil, realizada em maio de 2022, foram aprovados enunciados relacionados ao tema de privacidade e proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, dentre eles o Enunciado 684, que entende que “o artigo 14 da Lei nº 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.” Reforça-se, todavia, que ainda que sejam aplicadas outras hipóteses legais quando do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, a atividade deve, como regra geral, observar o seu melhor interesse, como disciplina a LGPD e outras pertinentes. A necessidade de priorização dos interesses da criança e do adolescente decorre principalmente de sua situação de vulnerabilidade, e visa garantir a esses titulares o respeito a seus direitos fundamentais – garantidos pela Constituição Federal e pelo ECA –, e atentar à sua dignidade, enquanto criança. Segundo o Comitê dos Direitos da Criança da ONU, “o conceito do interesse superior da criança visa assegurar a fruição plena de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança”. A Organização ainda defende que este é um conceito dinâmico – pois requer a avaliação dentro de um contexto específico – e fundamentalmente interpretativo, isto é: na ocasião em que houver a possibilidade de mais de uma interpretação para uma disposição jurídica, deverá ser escolhida a que efetivamente satisfaça o interesse do menor. Partindo de tais premissas, e considerando a dinamicidade trazida na definição desse princípio, é possível concluir que a limitação do tratamento de dados de menores à coleta de consentimento de um de seus pais ou responsável legal nem sempre garantirá a observância de seu melhor interesse, uma vez que desconsidera os diferentes contextos sociais e situações nas quais a criança poderá estar inserida. Por este motivo, o enquadramento do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes nas demais bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD possibilita maior proteção ao melhor interesse da criança, visto que em virtude da dinamicidade e complexidade de se proteger o melhor interesse – que deverá sempre analisar o caso concreto –, os artigos 7º e 11 garantem maior possibilidade de bases legais a serem aplicadas, como na hipótese de cumprimento de obrigações legais, tutela de saúde, execução de políticas públicas, procedimentos preliminares para execução de contrato, inclusive para legítimo interesse, por exemplo, o que não seria possível com a restrição somente às bases legais previstas no artigo 11 da LGPD. Vejamos em uma situação prática, no caso em que um estabelecimento privado como lojas, mercados, shoppings, centros esportivos, clubes de lazer, até mesmo em escolas, ou um local público, como as vias públicas, parques, dentre outros, utilizem câmeras de vídeo vigilância para finalidade de segurança, caso uma criança vá em um desses locais e, conseqüentemente, tem sua imagem capturada pela câmera, neste caso o tratamento da imagem da criança pela câmera de segurança necessitaria da coleta do consentimento dos pais ou responsáveis de cada criança que a câmera filmar? No exemplo acima, observa-se que seria inviável operacionalizar a

coleta do consentimento do responsável de cada criança que a câmera filmar, no entanto, o tratamento dos dados da criança consequentemente feito pela câmera é realizado no seu melhor interesse, para garantir a segurança no local e garantir que, caso algo aconteça, há esse registro que inclusive serve como prova caso o titular necessite. Portanto, a base legal de legítimo interesse prevista no art. 7º, IX, da LGPD, poderia ser aplicada neste caso. Por iguais razões, entende-se que o artigo 14 da LGPD, por si só, não deve ser utilizado como única legislação aplicável no contexto de preservação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, sendo necessária uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para a melhor aplicação do diploma legal. Nesse sentido, ressalta-se que a Constituição Federal prevê direitos sociais no art. 6º, sendo que para a viabilização de saúde e educação, o tratamento de dados pessoais é imprescindível. Obstar o acesso das crianças a tais direitos pela não concessão de consentimento dos pais afeta o livre desenvolvimento da personalidade e pode culminar, por exemplo, em maiores índices de desemprego, afetando indicadores de desenvolvimento da sociedade, inclusive economicamente. Esses efeitos contrariam os fundamentos da LGPD, principalmente no que tange os incisos V e VII, que contêm o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Trata-se de uma violação à literalidade do art. 227, da Constituição Federal, que dispõe 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.” Ademais, pode-se considerar que a imprescindibilidade de consentir com o tratamento de dados pessoais é uma expressão do poder familiar na medida em que os pais determinam aspectos da vida dos menores, dirigindo-lhes a criação (art. 1.634, do Código Civil). Contudo, é de se destacar que o poder familiar não é absoluto, havendo circunstâncias em que os interesses sociais se sobrepõem, como abuso de autoridade, abandono, prática de atos contrários à moral e bons costumes, dentre outros (art. 1.637, do Código Civil), sem mencionar ainda as demais circunstâncias em que não há ingerência direta dos responsáveis legais, como por exemplo, as diretrizes de ensino. Portanto, não se sustenta o argumento de que os pais devem decidir sobre o tratamento de dados dos filhos de forma absoluta, sob pena de se inviabilizar, inclusive, políticas públicas. Além disso, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente possui em seu bojo determinação para que as instituições colem dados deste público: Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato. [...] A inobservância do Tratamento de Dados Pessoais, inclusive, pode acarretar sanções em esfera

penal, conforme dispõe os artigos 228 e 245 do ECA: Art. 228. Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa. [...] Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. Ainda, note-se que os médicos são obrigados a efetuarem a notificação compulsória de doenças determinadas pelo Ministério da Saúde e podem ser punidos pelo tipo penal previsto no art. 269 do Código Penal caso não o façam. Evidentemente que, para fazer cumprir todos esses deveres previstos na legislação, o tratamento de dados pessoais deve ocorrer, independentemente do consentimento de um dos responsáveis legais da criança. De outro lado, submeter as crianças à discricionariedade dos pais quanto ao tratamento de seus dados pessoais os expõe a outro risco maior: a exposição acentuada. Isso porque, a cultura de proteção de dados pessoais no país notoriamente está sendo iniciada nos últimos anos, de forma a tentar incutir nas pessoas a consciência sobre o impacto e o risco do tratamento de dados de forma indiscriminada. Assim, pode acontecer de existirem pais e responsáveis legais que concordem com todo e qualquer tratamento, abrindo margem para discussões sobre a responsabilidade dos agentes de tratamento, que podem restar impunes por terem coletado o consentimento de forma regular. Nessa toada, as crianças podem inclusive serem expostas ao perfilamento sem que haja uma fiscalização por parte dos pais de qualquer tipo de salvaguardas. Em contrapartida, ao restringir a aplicação das demais bases legais há probabilidade de que haja certa sobrecarga dos pais e representantes legais, considerando que seriam os únicos incumbidos a analisar, determinar e ponderar se o tratamento de dados de fato garante a observância do melhor interesse do menor. Em cenários como este é possível que o consentimento seja fornecido sem que haja a consideração dos efeitos gerados pelo tratamento de dados ou, até mesmo, com a finalidade de beneficiar os próprios pais ou representantes legais, sem que haja respeito e observância do melhor interesse do menor. Inclusive, é palpável a possibilidade de revogação do consentimento por parte dos pais ou representantes legais, em prejuízo do próprio melhor interesse da criança ou do adolescente. É importante remetermos o tema ao conceito de consentimento trazido pelo art. 5º, inciso XII da LGPD, que prevê as seguintes disposições: XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada [...] Não obstante, considerando situações em que o tratamento de dados seja necessário para proteção da vida do titular ou de terceiros ou, até mesmo, cumprimento de obrigação legal, pode-se dizer que o consentimento fornecido pelos pais ou representantes legais não seja totalmente livre, uma vez que, em determinados cenários, estes podem se deparar com situações em que não haja possibilidade de optar pelo seguimento ou não do tratamento de dados, de maneira totalmente livre de influências em sua manifestação de vontade. Vale

ressalvar que, a análise fática é fundamental para a definição da base legal aplicável a cada tratamento de dados pessoais, sendo essencial o exame detalhado das particularidades de cada caso. Neste sentido, ao que se refere ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, a análise concreta de cada tratamento é imprescindível para garantir efetivamente a observância do melhor interesse do menor, que deve ser atestado no próprio caso concreto. Desta forma, a definição da base legal poderá acompanhar, de maneira dinâmica, as particularidades do tratamento de dados em tela e permitirá a verificação do alcance do melhor interesse do menor, inclusive considerando a proteção especial concedida pelo ordenamento jurídico. Pontua-se que a própria Lei Geral de Proteção de Dados não proíbe diretamente o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes a partir da utilização de outras bases legais. E, igualmente, não busca restringir ou limitar as hipóteses de tratamento. Desta forma, quando a base legal do consentimento for a mais adequada para atingir o melhor interesse do menor, nada impede que esta seja aplicada. Portanto, a interpretação restritiva no que tange a aplicação exclusivamente do consentimento para o tratamento de dados de menores de idade pode vir a ocasionar, de certa forma, possível hierarquização entre as bases legais, não pretendida organicamente pela legislação. Da mesma forma, a interpretação de que somente o artigo 11 seria aplicável aos dados pessoais de crianças e adolescentes não se caracteriza como a mais adequada, pois acarretaria insegurança jurídica pela ampliação do rol taxativo com a definição de dados pessoais sensíveis (art. 5º, II, LGPD) e limitaria a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente por restringir as hipóteses de tratamento capazes de abranger a dinamicidade e complexidade do melhor interesse, que pode ser garantido de forma mais assertiva considerando tanto as bases legais do artigo 7º, quanto do artigo 11 da LGPD. Aliás, como bem observado no Estudo Preliminar, a utilização das demais bases legais previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD não impossibilita que a ANPD continue tutelando sobre o assunto, estabelecendo restrições ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em situações concretas, visando garantir que seja respeitado o seu melhor interesse, bem como os demais princípios e regras previstas na própria LGPD e em outras legislações aplicáveis. Esse tipo de ação por parte das Autoridades já é comum no cenário internacional, a exemplo de figuras como o ICO – Information Commissioner’s Office. Em seu guia “O que precisamos considerar ao escolher uma base para o processamento de dados pessoais de crianças?”, a Autoridade reconheceu a possibilidade de uso de qualquer uma das bases fornecidas pelo Artigo 6 do GDPR para processamento de dados de criança, desde que algumas considerações adicionais sejam observadas a depender do fundamento utilizado. Por fim, a aplicação de bases legais diversas do consentimento no tratamento de dados pessoais desses vulneráveis não pode e nem deve excluir a observância de requisitos trazidos em outras legislações vigentes em nosso ordenamento jurídico. Na hipótese de tratamento realizado para a execução de um contrato, por exemplo, imperioso que sejam observadas as condições de validade do negócio jurídico determinadas pelo Código Civil. Conclui-se, portanto, que de maneira a realizar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em conformidade com a LGPD e demais legislações que norteiam o assunto, a terceira interpretação trazida no Estudo Preliminar deverá ser considerada como a alternativa que melhor expressa a previsão trazida no artigo 14 da LGPD. 4. Conclusão A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe, em seu bojo, um novo conjunto de regras concernentes à

proteção, tratamento e guarda de dados pessoais. A proteção a estes direitos constitui peça chave para a educação principal. Nesse contexto, é de suma importância que titulares mais vulneráveis, como é o caso de crianças e adolescentes, possuam uma proteção específica no que tange ao tratamento de seus dados, dada a menor consciência que possuem dos riscos associados a este tratamento, das consequências envolvidas, e de seus direitos. Diante da possibilidade de diferentes interpretações da prerrogativa acerca do melhor interesse da criança e do adolescente e considerando a importância de se garantir a plena fruição de direitos fundamentais previstos a estes titulares, manifestamos a nossa concordância com a interpretação de número 3 apresentada no Estudo Preliminar, a qual defende a possibilidade de aplicação das hipóteses de tratamento previstas no artigo 7º e, em caso de dados pessoais sensíveis, as dispostas no artigo 11 da LGPD. Pelas mesmas razões, é que se manifesta a concordância com a sugestão de enunciado trazida ao final do Estudo Preliminar, qual seja: “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei.” Assim, deve ser respeitado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para o tratamento de seus dados pessoais, que pode ser realizado com base nas hipóteses previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD, caso o consentimento não se aplique. Ademais, tendo em vista o enquadramento do tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes como de alto risco, nos termos da Resolução CD/ANPD nº 02/2022, ressaltamos que é possível atingir o balanceamento entre os melhores interesses do menor com os interesses legítimos do Controlador, como por exemplo, por meio da elaboração de RIPD. Conclui-se, por fim, que a redação supramencionada acompanha a dinamicidade do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que permite que seja feita uma análise do caso concreto para a aplicação de uma base legal ao tratamento de dados do menor, e possibilita uma interpretação sistemática da LGPD, em conformidade com outras normas que versam sobre o direito das crianças e dos adolescentes.

Contribuinte: Bruna Michele Wozne Godoy

Número: OP-271432

Data: 07/11/2022 - 16:29

Resumo: :"-

Contribuinte: Paula Belotto André

Número: OP-271436

Data: 07/11/2022 - 16:38

Resumo: : "Contribuições à Tomada de Subsídios (ANPD) sobre proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes -

PRADO VIDIGAL ADVOGADOS 1. Considerações iniciais sobre o tratamento de dados pessoais e de crianças e adolescentes A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº13.709/2018, abreviada por “LGPD”) prevê, em seu artigo 14, regras específicas para o tratamento de dados de crianças e adolescentes. De saída, é necessário fixar a interpretação de que se considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). A diferenciação entre crianças e adolescentes é essencial porque a LGPD estabelece que tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, não prevendo a mesma regra para o adolescente, conforme se extrai do art. 14, §1º. Desse modo, embora exista corrente no sentido de que todas as regras previstas pelo art. 14 se aplicariam tanto ao tratamento de dados pessoais de crianças quanto de adolescentes (em decorrência de estarem inseridos em Seção intitulada “Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes”), não nos parece ser essa a melhor interpretação. Inclusive, o Relatório da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei n. 4.060/2012 (que, posteriormente, culminou no texto da LGPD) esclarece: “Decidimos incluir, como regra geral, ser ilegal a coleta de dados pessoais de crianças, abaixo de 12 anos de idade, sem o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal.” Assim, entendemos que a previsão do art. 14, §1º da LGPD é aplicável somente ao tratamento de dados pessoais de crianças, de modo que o tratamento de dados pessoais de adolescentes poderia estar amparado em quaisquer das bases legais dos arts. 7º e 11, a depender da natureza dos dados pessoais envolvidos (se comuns ou sensíveis). Além disso, é importante ressaltar que, para o tratamento de dados de adolescentes, admite-se, inclusive, a coleta de consentimento manifestado diretamente pelo adolescente. Embora exista posicionamento no sentido de que, caso a base legal eleita seja o consentimento, este deve ser coletado mediante intermediação dos pais ou responsáveis (mediante representação ou assistência, por força do disposto nos arts. 3º e 4º do Código Civil), parece-nos que, na verdade, a LGPD criou um regime específico que assegura a validade da manifestação de vontade autônoma do adolescente, reservando a exigência de participação dos pais ou responsável legal ao tratamento de dados de crianças. Nessa direção, Tepedino e Oliva (2021) apontam que, ao que parece, a LGPD pretendeu reconhecer a validade do consentimento manifestado pelo adolescente e ressaltam que tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem disposições que valorizam a vontade dos menores em determinadas situações (por exemplo, art. 16, II; art. 28, §§1º e 2º; art. 100, XII; art. 111, V; e art. 161, §3º do ECA e art. 1.740, III do Código Civil). Fato é que tal interpretação é compatível com a dinâmica ágil dos ambientes digitais, que proporcionou maior autonomia aos adolescentes, que interagem diariamente em aplicações e, conseqüentemente, manifestam sua vontade com ampla aceitação social. Nesse sentido, Teffé (2020) aponta que, a partir da utilização da internet e de mídias sociais, é possível que o legislador tenha optado por considerar jurídica uma hipótese fática que é dotada de ampla aceitação social. Feitas as considerações acima, resta esclarecido que o debate sobre flexibilização de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados diz respeito somente aos dados pessoais de titulares crianças, uma vez que, para os dados pessoais de adolescentes, quaisquer das bases legais já

seriam aplicáveis, conforme redação do art. 14 da LGPD. Por fim, cabe destacar que o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em observância ao princípio do melhor interesse. Conforme apontam Brochado e Rettore (2021), há o desafio de se estabelecer parâmetros hermenêuticos para a aplicação do princípio em decorrência do nível de subjetividade. Em pesquisa acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em aplicações do melhor interesse da criança, as autoras destacam que, por vezes, o STJ decide pela mitigação de normas expressas, priorizando a atualização de interpretações à luz de novas dinâmicas sociais, como é o caso em tela. Andrade Maciel (2014) esclarece que o melhor interesse não é o que o julgador subjetivamente entende que é o melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade e aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. Assim, o melhor interesse da criança e do adolescente não pode ser reduzido ao entendimento pautado na subjetividade de um indivíduo, motivo pelo qual não pode ser reduzido ou confundido com a ideia de consentimento dos pais ou responsável legal. Inclusive, a possível existência de conflitos de interesses deve ser assinalada, uma vez que pais e responsáveis legais, por vezes, tomam decisões contrariando o melhor interesse de crianças e adolescentes. Por tal razão, é importante ressaltar que o melhor interesse não deve ser confundido com o controle parental exercido a partir do consentimento de pais e responsáveis. Na verdade, o melhor interesse é um conceito traduzido por práticas que efetivamente promovam e protejam direitos de crianças e adolescentes, motivo pelo qual existe margem legítima para flexibilização da regra prevista no art. 14, §1º, da LGPD, conforme será demonstrado a seguir.

2. A insuficiência do consentimento como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças

A interpretação no sentido de que todo e qualquer tratamento de dados pessoais de crianças somente poderia ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (salvo exceções previstas no art. 14, §3º, da LGPD) é excessivamente restritiva e limita a operacionalização prática e jurídica de uma série de atividades que seriam legítimas e devidamente amparadas em hipóteses legais, como o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, a execução de políticas públicas previstas em lei e regulamentos, a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou tutela da saúde e, inclusive, o atendimento de interesses legítimos do controlador. Assim, verifica-se que uma série de atividades de tratamento não podem ser condicionadas a exigência absoluta do consentimento dos pais ou do responsável legal. Por tal razão, entende-se que, na verdade, o art. 14, §1º, da LGPD, ao dispor sobre o consentimento, não cria uma exigência na qual absolutamente todo e qualquer tratamento de dados pessoais de crianças necessita do consentimento parental, mas tão somente dispõe regras específicas para o consentimento quando esta for – de fato – a base legal adequada. Desse modo, entendemos que a regra do art. 14, §1º, da LGPD é aplicável para os casos em que o tratamento está amparado na base legal do consentimento e, conseqüentemente, precisará seguir regras específicas de operacionalização (manifestação específica e em destaque). No entanto, isso não significa que as demais bases legais não seriam aplicáveis, até porque a hierarquização de hipóteses legais - especialmente no sentido de que o consentimento seria a base legal preponderante - não encontra respaldo na LGPD. No âmbito internacional, verifica-se que o General Data Protection Regulation (GDPR), que serviu de inspiração para a redação da LGPD, não

apresenta limitação ao uso de bases legais para tratamento de dados de crianças. Inclusive, a autoridade de proteção de dados da Irlanda aponta que, embora às vezes haja um equívoco de que o consentimento é a única base legal para tratamento de dados pessoais ou que deve ter precedência sobre as outras bases legais, todas as bases legais são iguais umas às outras, mas podem contar com elementos específicos de avaliação quando o titular de dados é uma criança. Na mesma direção, sob o UK GDPR, a Information Commissioner's Office – ICO (autoridade britânica de proteção de dados), que esclarece que o consentimento é uma possível base legal para o tratamento de dados de crianças, mas não é a única opção, ressaltando, inclusive, que por vezes o uso de outra hipótese legal pode ser mais adequado e oferecer melhor proteção para a criança. Por fim, em relação aos argumentos favoráveis para aplicação do consentimento como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças (Tabela 1 do Estudo Preliminar publicado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD), entendemos que tais justificativas não são sustentáveis, conforme justificativas expostas abaixo:

- Argumentação nº1: “Busca trazer maior controle no tratamento de dados pessoais de crianças, exigindo que o consentimento parental seja sempre fornecido de forma específica e destacada, para finalidades específicas”. Para além do fato de que o princípio geral do melhor interesse da criança não se limita ao consentimento parental e considerando os comentários assertivos do item 3.1 do Estudo Preliminar publicado pela ANPD, é importante destacar que a própria ideia de controle sobre o tratamento de dados pessoais não se confunde com a coleta de consentimento. A proteção de dados enquanto direito fundamental adquire dimensão coletiva que vai muito além de uma perspectiva individualista pautada na manifestação de vontade de um indivíduo. Por tal razão, a ideia de autodeterminação informativa e controle sobre o fluxo de informações pessoais pode ser operacionalizada por meio de práticas de transparência que garantam o livre acesso às informações sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e de ferramentas de accountability, como relatórios de impacto à proteção de dados pessoais. Portanto, entende-se que a efetiva possibilidade de controle sobre o fluxo de dados pessoais de crianças não depende do consentimento parental, mas da promoção de uma estrutura de governança em privacidade e proteção de dados robusta.
- Argumentação nº 2: “Aparente intenção do legislador no Parecer da Comissão Especial – proteção especial e tratamento ilegal sem consentimento para dados de criança”. Embora o Relatório da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 4.060/2012 demonstre que o legislador teve a intenção de atribuir proteção extra ao tratamento de dados de crianças recorrendo à legislação norte-americana por meio do Children's Online Privacy Protection Act – COPPA, é importante notar que tal referência regula, especialmente, os cenários de (i) solicitação, requisição ou incentivo para que crianças forneçam dados pessoais no ambiente online; (ii) viabilização de espaço e meios para que crianças disponibilizem seus dados pessoais publicamente; e (iii) monitoramento de atividades online de crianças. Portanto, a norma utilizada como referência pelo legislador brasileiro prevê a necessidade de coleta de consentimento dos responsáveis legais no contexto de coleta direta de dados de crianças, o que viabilizaria a utilização das demais bases legais em outros contextos. No entanto, conforme argumentos expostos anteriormente, entendemos que a aplicação de todas as hipóteses legais, sem qualquer hierarquização e independentemente de contexto de coleta direta ou indireta de dados de

crianças representa a melhor interpretação, pois elimina qualquer entrave para a promoção máxima do melhor interesse da criança, haja vista que determinadas atividades legítimas e que efetivamente promovem os direitos da criança poderiam ser inviabilizadas. 3.

Impossibilidade de equiparação de dados pessoais de crianças e adolescentes a dados pessoais sensíveis para fins de aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD

Há, ainda, interpretação baseada na equiparação dos dados de crianças e adolescentes a dados pessoais sensíveis (art. 5º, II, da LGPD) e consequente aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD. Em primeiro lugar, ressaltamos que o debate sobre flexibilização de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados diz respeito somente aos dados pessoais de titulares crianças, uma vez que, para os dados pessoais de adolescentes, quaisquer das bases legais já seriam aplicáveis, inclusive as previstas no art. 7º. Assim, a partir da leitura do art. 14, da LGPD, verifica-se que o tratamento de dados pessoais de adolescentes poderá ser amparado em quaisquer das bases legais do artigo 7º ou 11 da LGPD, a depender da natureza dos dados pessoais envolvidos (se comuns ou sensíveis). Feito este esclarecimento inicial, entendemos que eventual equiparação de dados pessoais de crianças aos dados pessoais sensíveis representa inovação ilegítima, violando, inclusive, o princípio da legalidade administrativa. Nesse contexto, é importante ressaltar que a competência regulatória da Administração Pública está restrita ao que a lei determina e, no caso em tela, nota-se que a LGPD prevê rol taxativo de informações classificadas como dados pessoais sensíveis (art. 5º, II). Assim, como bem aponta a ANPD, a definição legal de dados pessoais não leva em consideração o titular do dado ou a sua idade. Portanto, eventual interpretação no sentido de equiparação de dados pessoais de crianças aos dados pessoais sensíveis não encontra amparo no texto legal. Trata-se de entendimento excessivamente abrangente e genérico, além disso, a flexibilização do rol taxativo de dados pessoais sensíveis carrega o potencial de desvirtuamento e banalização da categoria. Em relação aos argumentos favoráveis para aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD (Tabela 2 do Estudo), entendemos que tais justificativas também não são sustentáveis, conforme justificativas expostas abaixo:

- Argumentação nº1: “Ao equiparar dados pessoais de crianças e adolescentes com dados sensíveis, busca conferir maior grau de proteção aos titulares ao restringir o tratamento a hipóteses legais mais restritivas”. Entendemos que o uso das bases legais previstas no art. 11 da LGPD, por si só, não representa maior ou menor nível de segurança do tratamento de dados pessoais. Por exemplo, não há sentido em se presumir que uma atividade amparada na base legal de garantia da prevenção à fraude (art. 11, alínea “g”, da LGPD) é mais segura que uma atividade enquadrada na base legal do interesse legítimo do controlador (art. 7º, inciso IX, da LGPD) em realizar checagens e verificações com o objetivo de se evitar fraudes. Assim, faz-se necessário ressaltar que as bases legais não possuem hierarquia ou qualquer tipo de ordem de preferência, sendo necessário avaliar caso a caso qual é a hipótese legal adequada para amparar a atividade. Inclusive, é importante destacar que referido argumento colocar em evidência a interpretação equivocada no sentido de que as bases legais previstas no art. 11 são hierarquicamente superiores às previstas no art. 7º da LGPD. Portanto, referido entendimento inova de forma ilegítima e traz dois potenciais perigos para a interpretação da LGPD: (i) há uma abertura para ampliação do rol de dados pessoais sensíveis, de modo a banalizar a categoria; e (ii) abre-se espaço para interpretações

que classificam suposto “nível de segurança” de bases legais e criam hierarquias inexistentes na lei. Fato é que, independentemente da base legal a ser utilizada, o titular de dados envolvido na atividade é uma criança e não perdendo sua condição de vulnerabilidade, o que enseja cuidados adicionais de governança. Insistir no uso das bases legais previstas no art. 11 da LGPD não significa conferir maior proteção, pois a base legal, por si só, não efetiva o melhor interesse idealizado pela LGPD, na verdade, o que confere maior segurança ao tratamento de dados pessoais é a existência de rotinas de governança e controles de privacidade e proteção de dados.

- Argumentação nº2: “Exige que, quando for a hipótese legal utilizada, o consentimento seja sempre fornecido de forma específica e destacada, para finalidades específicas”. O art. 14, §1 da LGPD, ao tratar especificamente do consentimento para tratamento de dados de crianças, já estabelece que este deverá ser específico e em destaque. Além disso, referido dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o princípio da finalidade (art. 6º, I, da LGPD), que estabelece que o tratamento deve ser realizado propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. Portanto, os dispositivos já previstos na lei endereçam a qualificação do consentimento para tratamento de dados de crianças, motivo pelo qual entendemos que referido argumento também não merece prosperar.

4. Aplicação das bases legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD Em primeiro plano, cabe ressaltar que, embora o poder conferido à ANPD esteja restrito ao campo normativo (em decorrência do princípio da legalidade), isso não impede que a autoridade realize necessários ajustes interpretativos de ordem prática, especialmente diante da relevância do tema. Nesse caso, a partir da análise das hipóteses interpretativas anteriores, nota-se que uma série de usos que representam o melhor interesse de crianças no âmbito do mercado e do setor público. A título de exemplificação, é possível citar a coleta de dados de situação patrimonial de crianças e adolescentes para fins de processos internos de identificação de fraudes e combate a ilícitos, como crimes de corrupção e/ou lavagem de dinheiro, nos quais, por vezes, observa-se que fraudadores registram bens em nome de familiares (incluindo menores), como forma de maquiagem a própria situação patrimonial ou evitar a concretização de execução de dívidas. Em tais casos, é comum que empresas contratem birôs de dados para alimentar o processo interno investigatório e utilizem a base legal do interesse legítimo (art. 7º, IX, da LGPD). No caso narrado, caso não fosse possível utilizar as bases legais previstas no art. 7º da LGPD para tratamento de dados de crianças, referido processo teria um verdadeiro ponto cego que impediria a análise de dados relativos à situação patrimonial de menores. Diante de tal contexto, não nos parece que a intenção do legislador tenha sido condicionar todo e qualquer tratamento de dados pessoais de crianças ao consentimento, deixando de lado situações evidentemente importantes para as próprias crianças, para empresas e para a Administração Pública, como o cumprimento de obrigações legais e/ou regulatórias e o exercício regular de direitos. Nesse sentido, entendemos que o art. 14, §1º da LGPD prevê regras sobre o modo de operacionalização do consentimento, mas não se trata de uma imposição da base legal para qualquer tipo de uso de dados pessoais. Vale destacar que, no âmbito da União Europeia, a autoridade de proteção de dados irlandesa aponta que as bases legais são iguais umas às outras sob o GDPR, não havendo preferência pelo consentimento. No entanto, certas bases legais exigem que os agentes de tratamento avaliem elementos adicionais quando os titulares de dados são crianças. Por exemplo, a

aplicação da base legal “contractual necessity” (art. 6(1)(e), do GDPR) no contexto do tratamento de dados pessoais de uma criança, exige que as organizações levem em consideração as restrições de idade e outras regras específicas relacionadas à capacidade civil. No caso do uso da base de interesse legítimo, a autoridade irlandesa aponta que a organização precisa realizar um teste de equilíbrio para avaliar se o tratamento dos dados pessoais das crianças deve ser feito, envolvendo (i) identificação dos interesses legítimos do controlador ou outra pessoa/organização que se pretende alcançar; (ii) demonstração do por que/ como o tratamento é um meio necessário e proporcional para alcançar os interesses legítimos; e (iii) equilíbrio entre esses interesses legítimos e os interesses da criança e os direitos e liberdades fundamentais. Assim, a autoridade irlandesa esclarece que os interesses e/ou direitos e liberdades fundamentais das crianças em questão devem sempre prevalecer sobre os direitos e interesses da organização que esteja processando dados pessoais de crianças para fins comerciais. Em síntese, isso significa que as organizações que estão tratando dados de crianças com base no interesse legítimo devem assegurar que estes interesses não interfiram, entrem em conflito ou afetem negativamente o melhor interesse da criança. Na mesma direção, a autoridade de proteção de dados britânica (ICO) aponta que qualquer uma das bases legais previstas no art. 6º do UK GDPR podem ser usadas para tratar dados pessoais de crianças, embora alguns cuidados adicionais devam ser considerados. Assim como a autoridade irlandesa, a ICO esclarece que, ao utilizar a base legal de execução contratual, é necessário verificar a capacidade civil dos titulares. Especificamente em relação ao uso da base legal do interesse legítimo, a ICO esclarece que é necessário (i) identificar o interesse legítimo; (ii) mostrar que o tratamento de dados é necessário para alcançar referido interesse; e (iii) construir equilíbrio com os interesses, direitos e liberdades da criança. Além disso, considerando-se que crianças podem estar menos cientes dos riscos relacionados ao tratamento de dados pessoais, a ICO entende que, ao utilizar o interesse legítimo como base legal, o agente de tratamento tem o dever de proteger o titular (criança) de riscos e consequências que possam não ter sido compreendidos ou previstos. Nesse contexto, a ICO afirma (tradução livre): “Ao utilizar “interesse legítimo” como base legal para o tratamento de dados pessoais de crianças, você tem, portanto, a responsabilidade de protegê-los de riscos que eles podem não compreender plenamente e de consequências que eles podem não prever. Cabe a você, não à criança, pensar sobre essas questões e identificar as salvaguardas apropriadas. Você deve ser capaz de demonstrar que protegeu suficientemente os direitos e liberdades fundamentais da criança e que priorizou os interesses dela sobre os seus quando necessário”. Portanto, o que deve balizar o tratamento de dados de crianças não é a proibição abstrata de determinadas bases legais, mas sim a concretização do melhor interesse da criança, conforme prevê o art. 14 da LGPD. Assim, a interpretação que possibilita a aplicação das bases legais dos arts. 7º e 11 da LGPD afasta eventual entendimento de que existe suposta hierarquia entre as hipóteses legais e assegura que diversas atividades legítimas sejam possíveis. Em relação aos argumentos contrários à aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD (Tabela 3 do Estudo), entendemos que tais justificativas também não são aplicáveis, conforme justificativas expostas abaixo: • Argumento contrário nº 1: “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”. Conforme mencionado anteriormente, entendemos que referida argumentação não merece prosperar uma vez que o uso das bases legais previstas no art. 7º não representa maior ou menor nível de segurança do tratamento de dados pessoais, uma vez que não existem bases legais hierarquicamente superiores. Além disso, consideramos que interpretações no sentido de que bases legais como o interesse legítimo, a execução de contratos e a proteção do crédito representam maior risco por serem “amplas” estão equivocadas. Na verdade, tais bases legais exigem circunstâncias bem delimitadas: (i) para utilizar a base legal do interesse legítimo, o agente de tratamento deverá adotar diversas cautelas previstas no art. 10º da LGPD; (ii) para utilizar a base legal de execução do contrato, o agente de tratamento deverá demonstrar a existência (ou iminente formação) de contrato de que seja parte o titular de dado e necessidade de tratamento de dados pessoais para cumprimento de obrigações contratuais válidas assumidas pelas partes ou para operacionalização de procedimentos preliminares relacionados; e (iii) para utilizar a base legal da proteção do crédito, é necessário demonstrar que o tratamento destina-se à garantia de higidez do mercado de crédito, tendo aplicação limitada. Portanto, nota-se que a aplicação das bases legais do art. 7º não representa maior ou menor risco ao tratamento de dados pessoais de crianças, uma vez que o agente de tratamento deverá demonstrar o adequado enquadramento.

- Argumento contrário nº 2: “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”.

Entendemos que considerar, de forma genérica e abstrata, que determinados interesses serão sempre opostos ao melhor interesse da criança representa equívoco interpretativo. Na verdade, conforme aponta o Comentário 14 do Comitê dos Direitos da Criança na Organização das Nações Unidas (ONU), o melhor interesse da criança é um conceito dinâmico que requer uma avaliação adequada do contexto específico. Nesse contexto, o Comentário esclarece que o seu conteúdo deve ser determinado caso a caso, sendo flexível e adaptável, devendo ser ajustado e definido numa base individual, em conformidade com a situação específica da criança ou das crianças envolvidas, tendo em conta o seu contexto. Portanto, interpretações que aplicam o melhor interesse da criança de forma abstrata e genérica devem ser afastadas, uma vez que é necessário realizar uma análise contextual de compatibilização dos interesses em questão.

5. Sugestão de redação para o Enunciado Interpretativo

Assim, tendo em vista o exposto, sugerimos a seguinte redação para o Enunciado Interpretativo acerca das hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados de crianças e adolescentes:

1. Para fins de interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018, “LGPD”), criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente é a pessoa que possui entre doze e dezoito anos de idade, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, “ECA”).
2. O tratamento de dados de adolescentes poderá ser realizado com base em qualquer das hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da LGPD, inclusive o consentimento manifestado pelo próprio titular (adolescente), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da LGPD.
3. O tratamento de dados de crianças poderá ser realizado com base em qualquer das hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da LGPD, desde que observado o seu

melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da LGPD. Quando a base legal aplicável ao caso concreto for o consentimento, este deverá ser coletado nos termos do art. 14, §1º, da LGPD, isto é, como uma manifestação específica e em destaque dada por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Expostas nossas considerações sobre o tema, permanecemos à disposição para qualquer esclarecimento adicional ou aprofundamento em tópico específico que se faça necessário. São Paulo, 7 de novembro de 2022. PRADO VIDIGAL ADVOGADOS

Contribuinte: Carolina Fiorini Ramos Giovanini

Número: OP-271443

Data: 07/11/2022 - 16:58

Resumo: "Devido à acentuada controvérsia nos entendimentos acerca dos dispositivos da LGPD que versam sobre o tratamento de dados de menores de idade, buscou-se analisar hipóteses e situações que melhor suprissem essa controvérsia. Vejamos a problemática: O caput do artigo 14 da LGPD estabelece que "O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente." Em seu §1º afirma que para dados de crianças deverá ser realizado também com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. Assim, entende-se que o tratamento de dados pessoais de adolescentes deve atender a seu melhor interesse. Já para o tratamento de dados pessoais de crianças, deverá haver também o consentimento específico e em destaque fornecido pela mãe, pai ou responsável legal. Resta nítida, pela leitura da redação do artigo 14, que as normas trazidas pelos parágrafos 2º à 6º se referem ao sujeito indicado no parágrafo 1º, qual seja, as crianças. Isso porque, está escrito que "o tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo" ou "dos titulares de que trata o § 1º deste artigo" ou "consentimento a que se refere o § 1º deste artigo". Nesta toada, pode-se dizer que a LGPD está em consonância com a GDPR (General Data Protection Regulation), lei de proteção de dados da União Europeia, na qual foi inspirada. Uma vez que diz o dispositivo 8º da GDPR que apenas será lícito tratar dados pessoais de uma criança, sem consentimento dos pais ou responsáveis, se ela tiver, ao menos, 16 anos. Quando a criança tiver menos de 16 anos, diz a lei, o dado poderá ser tratado, mas apenas se for dado consentimento ou autorização pelo detentor da responsabilidade parental sobre a criança. Ainda, a GDPR continua, dizendo que os Estados da União Europeia podem, por lei, prever uma idade inferior a 16 anos para tratamento dos dados pessoais de menores sem autorização do responsável legal, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos. Assim aproxima-se da LGPD, já que esta diz que apenas dados de crianças (até 12 anos incompletos, conforme definição do ECA) precisam de consentimento do responsável para serem tratados; sendo que o tratamento de dados de menores de idade com 12 anos em diante (adolescentes) não prescinde de tal consentimento. Por outro lado, o ICO define que o consentimento nem sempre é necessário, podendo ser adotadas outras bases legais mais adequadas para garantir o melhor interesse do menor. Porém, ao dispensar o consentimento dos pais para tratamento de dados de adolescentes, a

LGPD reconhece a redução gradual da autoridade parental face ao amadurecimento do menor, porém, não afastando a obrigação de reparação dos responsáveis legais por atos on-line dos adolescentes. Assim, a norma relativiza o regime das incapacidades do Código Civil de 2002, podendo implicar numa incoerência da LGPD ao sistema de capacidade civil estruturado no Código Civil, ao passo que faz prevalecer o entendimento de que à medida do crescimento, o adolescente adquire paulatinamente a capacidade de discernir e decidir, devendo ser respeitada a dimensão da responsabilidade consequente do ato a ser praticado. Por essa razão, não há afastamento da autoridade parental quanto aos atos praticados por adolescente no meio digital e que resultem em necessidade de reparação civil, como estabelece o art. 932, CC. Nessas hipóteses, continuam os pais sendo responsáveis pelos filhos menores que estejam sob sua autoridade e em sua companhia. (ENUNCIADO 682, aprovados na IX Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal) Cumpre destacar que é estabelecido pelo Código Civil que menores de 16 anos são incapazes de praticar atos da vida civil, enquanto cabe aos maiores de 16 (e menores de 18) uma capacidade relativa, conforme expõe os artigos 3º e 4º. Vejamos. Traçando um paralelo entre a LGPD e Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), temos as seguintes conclusões: 1) A LGPD é omissa em relação à necessidade ou não de coleta de consentimento dos pais para adolescentes. Segundo o ECA, considera-se criança até 12 anos incompletos e adolescente de 12 a 18 anos. 2) Segundo o art. 3º do Código Civil, os menores de 16 anos são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Assim, precisam ser representados pelo responsável legal. A adequada representação do absolutamente incapaz é um dos requisitos de validade do negócio jurídico, sendo que a não observância desse requisito acarreta-lhe a nulidade, conforme art. 166, I do CC/02. 3) Segundo o art. 4º, inc. I, os maiores de 16 e menores de 18 anos são relativamente capazes. Assim, devem ser assistidos pelo responsável legal em relação a certos atos. Porém, têm certa liberdade de realizar alguns atos da vida civil, como por exemplo: votar, ser mandatário (art. 666), ser testemunha (art. 228, I), fazer testamento (1.860, p. único). 4) O art. 1.634, inc. VII determina que compete a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar, que consiste em representar judicial e extrajudicialmente até os 16 anos nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. Ou seja, em relação aos adolescentes menores de 16 anos, de acordo com o Código Civil, é necessário o consentimento dos pais, pois eles são considerados absolutamente incapazes, devendo ser representados pelo responsável legal. Já em relação aos adolescentes maiores de 16 e menores de 18 anos, precisaria ser analisado caso a caso, pois eles podem exercer certos atos da vida civil sem a assistência dos pais. Um bom parâmetro para decidir se há ou não necessidade de assistência do responsável é verificar se o adolescente figura como parte, como é o caso de um contrato de menor aprendiz, ou qualquer tipo de contrato. Neste caso, considerando o teor do art. 1.634, VII, do Código Civil, é necessária a assinatura dos pais em conjunto com o adolescente. Se fizermos uma comparação, no sentido de considerarmos como um exemplo de “ato da vida civil” a capacidade de consentir no tratamento de seus dados pessoais, isso significaria, para o Código Civil, que apenas os maiores de 16 anos poderiam fornecer consentimento válido sem representação parental. Desta feita, superada a questão do entendimento do artigo 14 da LGPD, no sentido de concluir que os parágrafos 2º

a 6º do artigo 14 se referem à proteção de dados pessoais de crianças apenas, excluindo-se os adolescentes, é necessário discutir e entender como se daria o consentimento dos pais ou responsáveis para a coleta de dados pessoais dessas crianças. Para tanto, é possível espelhar-se no Children's online private act- "Coppa", vigente desde 1998 nos EUA, que traz sugestões de como obter consentimento específico de pais e responsáveis, na prática, como: Fornecer um formulário de consentimento a ser assinado pelos pais e devolvido ao Controlador por correio postal, fax ou digitalização eletrônica; Exigir que um dos responsáveis, em conexão com uma transação monetária, use um cartão de crédito, cartão de débito ou outro sistema de pagamento online que forneça notificação de cada transação discreta ao titular da conta principal; Fazer com que um dos pais ligue para um número de telefone gratuito com pessoal treinado; Ter um dos responsáveis conectado a uma equipe treinada por meio de videoconferência; Verificar a identidade de um dos pais comparando uma forma de identificação emitida pelo governo em bancos de dados de tais informações, onde a identificação do responsável é excluída pelo operador de seus registros imediatamente após a verificação ser concluída. Deste modo, superada outra questão, entende-se que a melhor interpretação a se considerar seria a de não admitir todas as bases legais para o tratamento de crianças e adolescentes, mas sim um rol específico de bases legais para o tratamento de dados de menores, sendo elas: I - Consentimento - Sendo assim mantida a opção de obtenção do consentimento dos pais para o tratamento dos dados II - Cumprimento de Obrigação Legal ou Regulatória - De forma que presume-se que as legislações que ensejam a necessidade de tratamento de dados de menores de idade já são elaboradas pensando no melhor interesse dos mesmos, considerando os princípios do ECA III - Execução de políticas públicas (Ex.: Presumindo-se também que estas, quando relacionadas a menores de idade, são realizadas em seu melhor interesse. Ex.: Execução de políticas públicas para beneficiar crianças carentes) IV - Tutela da saúde - Considerando a necessidade de tratamento dos dados do menor por profissionais da saúde em situações onde o consentimento não pode ser coletado por qualquer motivo que seja V - Exercício regular de direitos - Vez que é possível que os dados dos menores precisem ser tratados para o exercício regular de direitos do mesmo, quando representado por entidades externas, ou até para o exercício regular de direitos de terceiros. Por fim, outra questão merece atenção, qual seja: a prescrição do consentimento dado pelos pais ou responsáveis, uma vez que a LGPD não define um prazo prescricional. Deste modo, sugere-se que se atrele a validade do consentimento à finalidade da coleta do dado ou ao atingimento da maioridade pelo titular do dado. Assim, o consentimento estaria válido até que se extinguisse a finalidade para a qual ele foi dado, e desde que não seja ele retirado pelos responsáveis legais do menor, ou ainda, estaria válido até que o titular complete 18 anos, ressalvadas as hipóteses de emancipação.

Contribuinte: Danilo El Chihimi Bernardi

Número: OP-271446

Data: 07/11/2022 - 17:05

Resumo: "O Laboratório de Políticas Públicas e Internet (LAPIN) é um centro de pesquisa e ação independente de composição multidisciplinar com sede na capital federal brasileira. Seu objetivo é apoiar o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a regulação das tecnologias digitais por meio da pesquisa e da conscientização da sociedade. A partir da leitura do estudo preliminar sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, lançado pela ANPD no âmbito da Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes aberta no dia 08 de setembro de 2022, o LAPIN, a fim de subsidiar o processo decisório da ANPD, realiza as seguintes considerações: 1. Entende-se como mais adequada a adoção da Interpretação nº 2 do estudo, a qual equipara os dados de crianças e adolescentes a dados sensíveis, possibilitando que sejam aplicadas as bases legais do artigo 11 da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. Tal interpretação provém de uma leitura sistemática do ordenamento, que busca a equiparação e não inclusão dos dados de crianças e adolescentes ao rol de dados sensíveis. Assim, ressalta-se a importância de uma compreensão teleológica que busque um diálogo coeso entre as situações que necessitam de maior proteção do ordenamento jurídico. Neste sentido, não há como compatibilizar a base legal da proteção ao crédito e do legítimo interesse com o tratamento de dados de crianças e adolescentes. 3. Contudo, vale ressaltar a importância de uma proteção que se aproxime das atividades realizadas na prática, as quais, muitas vezes, são apoiadas em execução de contrato ou de procedimentos preliminares, ou em execução de políticas públicas respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. Destaca-se aqui as atividades da praxe financeira, de administração e da secretaria de escolas ou ainda creches, secretarias de ensino e serviços de acolhimento. 4. No entendimento do LAPIN, essas atividades devem ser olhadas para que haja uma adequação que esteja baseada na realidade prática dos setores e não na acomodação forçada em bases que não dizem respeito à finalidade e legitimidade do tratamento, e muito menos que haja a criação de uma situação de consenso viciado ou "fatigado". 5. Desta forma, recomenda-se que a ANPD adote a postura de promover o estudo específico em relação a tais práticas setoriais, envolvendo representantes do setor público, privado e sociedade civil. Assim, caso necessário, poderão ser editadas regulamentações com foco setorial que eventualmente flexibilizem o uso das bases legais de execução do contrato e de procedimentos preliminares ou de execução de políticas públicas respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. 6. Recomenda-se que a ANPD se inspire no material *Age appropriate design: a code of practice for online services* [1] da Information Commissioner's Officer (ICO) e lance parâmetros para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, especialmente para serviços digitais. Reforça-se a importância de uma regulamentação e/ou orientação que contribua para o fomento de boas práticas de proteção de dados por agentes de tratamento, bem como sirva de instrumento de conscientização para titulares de dados. 7. Tendo em vista que o tratamento de dados de crianças e adolescentes, assim como tratamentos que possam afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares são critérios para a consideração de alto risco pela Resolução CD/ANPD nº 2 de 2022, é interessante que a ANPD considere a necessidade de condução obrigatória de Relatório de Impacto à Proteção de Dados tais casos. 8. Recomenda-se que a ANPD conduza estudos com a participação de setores da sociedade civil e do setor privado para a definição de situações de proteção a título

exemplificativo ou critérios para a análise de tais situações, as quais são objeto do Art. 14, § 3º da LGPD: Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo. (negrito nosso) [1] INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Age appropriate design: a code of practice for online services. 2020. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-ofpractice/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services-2-1.pdf>. Acesso em: 05 nov 2022.

Contribuinte: Luiza Xavier Morales

Número: OP-271447

Data: 07/11/2022 - 17:05

Contribuinte: Priscilla Regina da Silva

Número: OP-271466

Data: 07/11/2022 - 17:40

Resumo: "O Estudo Preliminar da ANPD - extremamente bem formulado, diga-se - propôs, para o tratamento de dados de crianças e adolescente, a admissão de todas as hipóteses de tratamento do art. 7º e do art. 11 da LGPD, desde que observado o seu melhor interesse. A proposta, acertada, adota a única interpretação possível à luz da realidade objetiva. Há, no Brasil, quatro correntes principais acerca da matéria. Três delas foram explicitamente tratadas no Estudo Preliminar. A primeira, que restringe o tratamento de dados de crianças ao consentimento específico, foi, de forma expressa, a opção dos legisladores quando do debate legislativo, e é a que se extrai da interpretação literal do art. 14 da LGPD. Por que razão então tantas correntes adicionais surgiram, se o consentimento específico (i) foi o desejo declarado do legislador, (ii) é o que deriva da interpretação literal, e (iii) é a abordagem mais protetiva à primeira vista? A razão é simples: a intenção do legislador não resiste à primazia da realidade. Inúmeras crianças e adolescentes no Brasil se encontram em situação de vulnerabilidade. Exigir consentimento de responsáveis legais fragilizaria o próprio exercício de direitos fundamentais desses indivíduos, como o direito à educação, à saúde e à cultura. O que fazer se os responsáveis não fossem localizados ou se não consentissem com a matrícula de seus filhos na escola? É evidente que uma lei ordinária não pode afastar direitos fundamentais, assim como é claro que mesmo o direito fundamental à proteção de dados seria mitigado quando em colisão com o direito à vida, à saúde ou à educação de crianças e adolescentes. Entretanto, a ideia de que o operador do direito precisaria executar, por si, constante interpretação da LGPD à luz da Constituição no caso concreto não se sustenta na prática e, por razões evidentes, não se mostra o melhor caminho hermenêutico. Desse problema fundamental emanaram três outras interpretações – e que, repita-se, existem tão-

somente pela incompatibilidade da primeira corrente, fruto da opção legislativa, com a realidade objetiva brasileira. Tais correntes são: (i) a que pretende configurar dados de crianças e adolescentes como dados sensíveis, exigindo o enquadramento no art. 11; (ii) a que autoriza a incidência do art. 11 e, parcialmente, do art. 7º, já que, segundo seus defensores, ficariam vedadas as hipóteses de interesse legítimo e proteção ao crédito; e (iii) a aplicabilidade de todas as hipóteses de tratamento do art. 7º e do art. 11, observados, em todas as correntes citadas, o melhor interesse do menor. Ocorre que, das correntes acima, apenas a última – e que é a acolhida na proposta de enunciado pela ANPD – é compatível com a realidade objetiva. Explico. A corrente que defende o enquadramento dos tratamentos de dados de crianças e adolescentes como dados sensíveis possui dois vícios insanáveis. O primeiro é que, a pretexto de tutelar os menores, romperia a lógica de que dados sensíveis são aqueles explicitamente listados pela LGPD. Ao romper essa lógica, a caixa de pandora seria aberta para todo tipo de interpretação sobre quais outros dados não previstos na LGPD seriam também sensíveis, importando elevada insegurança jurídica. Dados de incapazes maiores também seriam sensíveis? Dados bancários ou facilitadores de fraudes seriam sensíveis? Dados que permitam discriminação, mas que não foram previstos pelo legislador como expressamente sensíveis, seriam sensíveis? Romper a lógica de que a LGPD trouxe no art. 5º, II, uma lista exaustiva de dados sensíveis traria uma série de efeitos colaterais não justificáveis pelo mero intuito de se proteger dados de menores. Há um segundo problema. Menores em situação de vulnerabilidade dependem de políticas públicas. Inúmeras dessas políticas públicas são materializadas mediante acordos entre órgãos e entidades, como convênios. E, para dados sensíveis, o art. 11, II, ‘b’, exige que as políticas públicas estejam previstas em “leis ou regulamentos”, afastando os cenários de “contratos, convênios ou instrumentos congêneres” previstos para as políticas públicas do art. 7º, III. Trata-se de mais um cenário em que, a pretexto de defesa dos menores, o efeito prático seria o de restringir o acesso desses menores a políticas públicas. Por fim, como bem ressalta parte da doutrina, considerar todo dado de menor um dado sensível reduziria o rigor relacionado ao tratamento dos dados efetivamente sensíveis dos menores, e que seriam, nessa condição, hipersensíveis. Seja pelos efeitos colaterais da flexibilização do conceito de “dados sensíveis”, seja porque a limitação às hipóteses do art. 11, a pretexto de proteger crianças e adolescentes, acabariam gerando situações contrárias a seus interesses, essa interpretação não merece prosperar. É fundamental, para o interesse dos menores, a incidência das hipóteses de tratamento do art. 7º. É evidente que, mesmo nos casos do art. 7º, o tratamento deverá ocorrer, sempre, no melhor interesse da criança ou adolescente. Seria cabível, então, o uso de bases como legítimo interesse do controlador ou proteção ao crédito? A resposta novamente não deve decorrer de suposições teóricas quanto à medida mais protetiva – ou bastaria permanecer com a lógica legislativa de restringir ao consentimento –, mas da compatibilidade da proteção dos menores com a realidade objetiva e seus melhores interesses. É simplesmente impossível – sob qualquer perspectiva objetiva – impedir que crianças e adolescentes ingressem em espaços com videomonitoramento ou que controladores utilizem dados de crianças e adolescentes para, legitimamente, oferecer serviços a seus pais. Um bom exemplo da primeira hipótese é o ingresso de menores em shoppings ou espaços de lazer, sendo inviável consentimento específico individual para o ingresso pela mera presença de sistemas cujo uso

é baseado no legítimo interesse. E um bom exemplo da segunda hipótese é a divulgação, por escolas particulares ou cursos livres, das condições de matrícula e atividades complementares para o ano seguinte, destinada aos responsáveis dos pais dos alunos menores. Observe-se que tais atividades promocionais não se confundem com o cumprimento do contrato, e ao se restringirem aos responsáveis de alunos matriculados, evidentemente tratarão, em alguma medida, dados dos alunos matriculados. Mas não campanhas direcionadas aos próprios menores: são direcionadas aos responsáveis, e, de certa forma, permitem que os responsáveis tomem decisões no melhor interesse das crianças e adolescentes. Vê-se, portanto, que o legítimo interesse não constitui obstáculo absoluto ao melhor interesse dos menores e, portanto, não há razão para que tenha sua aplicabilidade absolutamente excluída. Há uma mitigação pela necessidade de observância do melhor interesse do menor? Certamente. Há um impedimento absoluto? Não. Por fim, aspecto relevante é a suposta vedação da hipótese de proteção ao crédito. É evidente, pela própria incapacidade civil – absoluta ou relativa – que o espaço para tratamento de dados de crianças e adolescentes para proteção ao crédito é reduzido. Mas não implica a inexistência de cenários em que proteção ao crédito do controlador e melhor interesse do menor se compatibilizam. Vamos a um exemplo. O art. 974 do Código Civil autoriza expressamente que um incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continue empresa antes exercida por seus pais ou pelo autor da herança. Evidentemente, o menor não poderá ser administrador da sociedade e, se absolutamente incapaz, deverá ser representado, e, se relativamente incapaz, deverá ser assistido. O sócio, entretanto, será efetivamente a criança ou o adolescente. Observe-se que afirmar que dados de crianças e adolescentes somente podem ser tratados nas hipóteses do art. 11 por serem dados sensíveis, ou que haveria vedação a determinadas hipóteses de tratamento do art. 7º, como proteção ao crédito, produziria efeitos contrários ao melhor interesse do menor que desejasse prosseguir com empresa exercida por seus pais falecidos, já que, por razões óbvias, a atividade empresarial impõe avaliações de crédito não apenas da própria empresa, mas de seus sócios, e seria manifestamente impossível o oferecimento de consentimento específico para toda e qualquer sondagem. Temos, novamente, um cenário de hipótese de tratamento extremamente mitigada pelo dever de observância do melhor interesse da criança ou adolescente, mas, nem por isso, um cenário de incidência absolutamente reprovável. Pelo contrário: uma visão teoricamente ultraprotetiva conduziria a um efeito real prejudicial. Daí que a chave interpretativa deve estar não na limitação do rol de hipóteses de tratamento, mas na exigência, em todos os casos, de respeito ao melhor interesse da criança ou adolescente. Essa é a proposta do enunciado e, portanto, é a única alternativa a cumprir o propósito da divisão doutrinária: compatibilizar o desejo de proteção dos menores com os requisitos da realidade objetiva. Todas as demais correntes são teoricamente mais protetivas. Mas não resistem ao princípio da realidade. E, como disse Georges Ripert, “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”. Nenhum regulador deve decidir sem a anuência da realidade. Realidade, que, por vezes, não poderia se importar menos com as boas intenções.

Contribuinte: RODRIGO DA SILVA FERREIRA

Número: OP-271469

Data: 07/11/2022 - 17:44

Contribuinte: Arthur Teodoro Ramos Freile

Número: OP-271470

Data: 07/11/2022 - 17:45

Resumo: "Em primeiro lugar, adianta-se que nos alinhamos e perfilhamos a 3ª interpretação apresentada no Estudo Preliminar, por isso, apresentamos nesta contribuição uma série de elementos que sustentam a possibilidade de se tratar dados de crianças e adolescentes sob qualquer uma das bases legais previstas em lei. Além dos argumentos já apresentados pela ANPD, entendemos ser necessário enfrentar e superar a questão de possíveis incompatibilidades das bases legais previstas no art. 7º, incisos IX e X da LGPD, quais sejam, o legítimo interesse do controlador e a proteção do crédito com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Em relação a este último, não é improvável que casos de investigações de fraudes financeiras, como por exemplo, fraude à credores e fraude à legítima, possa envolver dados pessoais de menores, e inclusive, tutelando o interesse destes titulares que foram prejudicados pela fraude. No que tange ao legítimo interesse do controlador, a doutrina especializada e as autoridades estrangeiras divergem sobre a sua aplicabilidade nos casos em discussão. Contudo, entendemos que assiste razão à tese que entende pela possibilidade de sua aplicação, desde que adotadas medidas mitigatórias e de salvaguarda que o compatibilizem com o melhor interesse do menor. Nesse sentido, cita-se como exemplo a posição da autoridade britânica de proteção de dados – o Information Commissioner’s Office (“ICO”) -, que estatui que é permitido realizar o tratamento de dados pessoais de crianças utilizando o legítimo interesse como base legal, desde que se considere a natureza do tratamento dos dados pessoais, os riscos potenciais que apresenta e a adoção de medidas apropriadas para proteção contra esses riscos. Além disso, o agente de tratamento deve ser capaz de demonstrar que protegeu e priorizou suficientemente os direitos e liberdades fundamentais do menor ao utilizar essa base legal. Necessariamente, o ônus dessa base legal deve ser sobre o agente de tratamento e nunca sobre o menor, para garantir que seus direitos estão sendo adequadamente protegidos. O recomendado é que seja elaborada uma Avaliação do Legítimo Interesse (Legitimate Interest Assessment – LIA). Ademais, considerando que o legítimo interesse é uma das “bases legais residuais”, não é necessário muito esforço para encontrar exemplos práticos de tratamentos de dados pessoais que se demonstrem necessários e que dificilmente se enquadrariam em outras bases legais além do legítimo interesse. Por exemplo, o monitoramento de pessoas que adentram determinado local, com a presença de crianças, por meio de um circuito de câmeras de segurança. Cercar a possibilidade da utilização desta base legal traria uma dificuldade injustificada aos controladores que, por sua vez, teriam dificuldades em realizar suas atividades, prejudicando o interesse a até mesmo a segurança dos menores, em contrariedade com o §3º do artigo 14 da LGPD. Em verdade, a presunção de que o interesse do controlador se contrapõe ao

interesse da criança em todo e qualquer caso não é lastreada em argumentos plausíveis, racionais e concretos. Ademais, é importante reforçar que a confiança exclusiva no consentimento de pais e/ou responsáveis para a definição dos limites da exposição de dados de crianças e adolescentes tem várias fragilidades, como já apontado pela própria ANPD. Nesse sentido, a autoridade já reconheceu não ser possível assumir que os pais e/ou responsáveis terão pleno conhecimento do destino desses dados e da forma como as plataformas e meios digitais tratam as informações das crianças e adolescentes ao darem seu consentimento. Sobre isso, pesquisa recente do Comitê Gestor da Internet no Brasil (“CGI”) realizado em 2019-2020, investigou a porcentagem de crianças e adolescentes que ajudam seus pais e/ou responsáveis a realizarem atividades na internet. Nesse quesito, 29% da população entre 9 e 17 anos com acesso à internet reportou ter auxiliado os seus responsáveis diariamente. Há, neste caso, curiosa situação inversa: confia-se nos pais e responsáveis o monitoramento sobre o compartilhamento de dados ao mesmo tempo em que estes confiam às crianças e adolescentes a responsabilidade de lhes ajudar a compreender a linguagem para acesso a essa mesma tecnologia. Acrescido a isso, é relevante lembrar também que o foco exclusivo no consentimento dos pais ignora a situação de quase 30 mil crianças e adolescentes brasileiros que, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), se encontram hoje em serviços de acolhimento por todo o país, a grande maioria das quais em acolhimento institucional, com estruturas limitadas e força de trabalho insuficiente. Nesses espaços, os acolhidos ficam sob responsabilidade legal de um representante de uma instituição de abrigo. Considerando a capacidade dos representantes comparada à quantidade de seus representados, uma exigência de consentimento parental explícito em todos os casos em que dados de crianças e adolescentes forem tratados poderia agravar a desigualdade que acomete estas crianças mais vulneráveis, o que poderia limitar suas experiências virtuais, uso de novas tecnologias e até mesmo o acesso a conhecimento e educação. Outro ponto a ser suscitado, que corrobora a tese da terceira interpretação, é o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, como um todo, destina uma proteção consideravelmente suficiente às crianças e adolescentes, conduzida por diversos agentes (como os responsáveis, o Estado e as entidades privadas). Com isso, temos que, além da regulação específica trazida pela LGPD, outras leis, regulamentos e sistemas de autorregulação já coordenam e orientam o tratamento de dados de crianças e adolescentes no Brasil, tais como: (i) o Estatuto da Criança e do Adolescente (“ECA”); (ii) regulamentações do CONAR; (iii) normas de classificação indicativa e; (iv) autorregulação de plataformas. O melhor interesse da criança foi introduzido por meio de convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil – como a Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança –, adquirindo força de princípio constitucional por meio do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Os artigos introdutórios (Arts. 3º e 4º) do ECA reforçam o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e qualquer atividade que envolva crianças deve seguir as diretrizes do ECA. Assim, podemos extrair dessa legislação os seguintes pontos aplicáveis ao tratamento de dados de crianças: ele deve respeitar a condição da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (Art. 6º), deve seguir o direito ao respeito como a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e

crenças, dos espaços e objetos pessoais (Art. 17) e o direito à dignidade, como dever de zelo de todos contra tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (Art. 18). Ademais, dentre as medidas de proteção trazidas – aplicáveis quando da ameaça ou violação dos direitos estabelecidos –, o ECA introduz como um dos princípios para aplicação o da privacidade, sendo este a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada (Art. 100, parágrafo único, V), o que também pode ser aplicado na interpretação do tratamento de dados de crianças. Dentro do setor específico de publicidade, a sociedade civil se organizou para formar o CONAR, que desenvolveu o Código CONAR, que possui uma seção específica sobre anúncios dirigidos a crianças e jovens (Art. 37). Dentre as exigências do Código, estão a atenção especial à condição psicológica do menor, respeitar sua ingenuidade e a credulidade, a inexperiência e sentimento de lealdade, quando houver menores em anúncios, obedecer a cuidados especiais que evitem distorções psicológicas nos modelos e impeçam a promoção de comportamentos socialmente condenáveis e entre outras. O “Guia CONAR”, outro documento do órgão, feito em conjunto com o Google em 2021, reforça as disposições do Código CONAR e do ECA ao preconizar que a publicidade deve observar a condição da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento e deve empreender ações que preservem a sua imagem e identidade nos meios de comunicação, e considerar o impacto da comunicação sobre valores éticos e sociais da criança, do adolescente e da sua família. O CONANDA, por meio da Resolução nº 163 de 2014, determinou ser abusiva a prática do direcionamento de publicidade à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, utilizando-se de mecanismos voltados à influência específica e discriminatória de crianças, conforme arrolado na Resolução. Outra norma advinda do melhor interesse da criança é a Classificação Indicativa (“ClassInd”), qual seja, a obrigação instituída pela Portaria do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública No. 502/2021 (“Portaria 502/2021”) de trazer a faixa etária para a qual obras audiovisuais não se recomendam a menores. Dentre as obras que devem seguir a ClassInd, estão as obras classificáveis destinadas aos aplicativos ou aplicações de internet direcionadas ao mercado brasileiro (Art. 5º, VII, da Portaria 502/2021). O documento Classificação Indicativa – Guia Prático de Audiovisual da Secretaria Nacional de Justiça (“Guia ClassInd”) traz as diretrizes de classificação etária de cada obra da Portaria 502/2021. Nesse sentido, uma importante definição presente no Guia ClassInd se encontra na seção de jogos eletrônicos e aplicativos, que traz que nesses casos, a ClassInd deve contar com descritores sobre mecanismos presentes no produto que podem permitir exposição excessiva do jovem na internet ou gasto de dinheiro real. Há três níveis: F.1 – Compartilha localização, que indica a capacidade de exibir a localização precisa do usuário, no mundo real, a outros jogadores; F.2 – Compras on-line, que indica a possibilidade de efetuar compras de produtos digitais com moeda do mundo real; F.3 – Compras on-line (inclui itens aleatórios), que indica a possibilidade de efetuar compras no jogo, com dinheiro real (ou com moedas virtuais ou outras formas de moeda do jogo que podem ser compradas com dinheiro real), de bens digitais ou prêmios para os quais o jogador não sabe antes da compra o que receberá; e F.4 – Interação de usuários, que indica possível exposição a conteúdo gerado pelo usuário, não filtrado, incluindo comunicações entre usuários e compartilhamento de mídia por meio de redes ou mídias sociais. Esses são

exemplos de controles já existentes no Brasil, que limitam e/ou restringem o tratamento de dados de menores. Por fim, temos a própria autorregulação das empresas que estabelecem, dentro de suas organizações, limites para o tratamento de dados indiscriminado de menores, bem como ferramentas que os auxiliam no controle de sua privacidade e proteção de dados, como por exemplo, as “contas familiares”. No que tange ao cenário internacional, há um entendimento relativamente predominante de que o tratamento deve ser sempre no melhor interesse da criança e/ou adolescente, independentemente da base legal que for utilizada, ou seja, sem restrições a uma ou outra hipótese prevista em lei. De acordo com a General Data Protection Regulation (“GDPR”), as crianças e adolescentes merecem proteção específica em relação aos seus dados pessoais, pois podem estar menos cientes dos riscos, consequências e quais salvaguardas adotar para proteger sua. A GDPR não estabelece especificamente qual(is) hipótese(s) é(são) aplicável(is) ao tratamento de dados de criança e adolescente, o que nos leva a interpretar que qualquer base legal é lícita (sendo o consentimento apenas uma dessas hipóteses), desde que não viole o melhor interesse e direitos fundamentais da criança e do adolescente. De maneira geral, os esforços se concentram em regulamentar para que qualquer informação dada ou fornecida em comunicação com uma criança deve estar em linguagem clara e simples, que ela possa entender facilmente. Além disso, o controlador de dados tem o dever adicional de fazer esforços razoáveis para verificar se, quando o consentimento for dado por um dos pais ou responsável, essa pessoa realmente tem responsabilidade parental pela criança. Nesse sentido, a prática internacional pode ser útil para fornecer parâmetros razoáveis e práticos para a estruturação da experiência brasileira. No Reino Unido, o Information Commissioner’s Office (“ICO”) editou o Age appropriate design: a code of practice for online services, a fim de orientar e exigir que serviços oferecidos na internet sejam apropriados para a idade de crianças e adolescentes. O Código segue bases e referências tanto do Data Protection Act (“DPA”) quanto da GDPR e busca dar mais precisão e esclarecer as normas que já tratam de salvaguardas e garantias da proteção de dados desse público. O Código é direcionado aos fornecedores de produtos e serviços no ambiente digital que processem dados pessoais e que tenham o condão de despertar o interesse de acesso por crianças e adolescentes. O documento estabelece diversos parâmetros para direcionar o desenvolvimento de serviços no ambiente digitais, no sentido do melhor interesse das crianças e/ou adolescentes, tais como: elaboração de RIPD; transparência (informações concisas e em linguagem clara apropriada à idade); alta privacidade por padrão nas configurações; minimização dos dados tratados; não compartilhamento, exceto se demonstrada a razão por fazê-lo, à luz do melhor interesse; geolocalização desativada por padrão; possibilidade de controle parental; perfilamento desativado por padrão e entre outras medidas. No Reino Unido foi criado o “Children’s Code”, normativa baseada na GDPR que estabelece princípios e boas práticas para serviços online que provavelmente serão acessados por crianças (como jogos e redes sociais). Na França, a Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (“CNIL”) realizou, em 2020, uma pesquisa e consulta pública sobre o tema, que identificou duas tendências importantes: crianças e adolescentes desejam ter mais autonomia (ainda que com o acompanhamento dos pais) e todos querem maior proteção no ambiente digital. A partir disso, foram editadas 08 (oito) recomendações: a) supervisionar a capacidade de ação dos

menores online; b) incentivar os menores a exercerem seus direitos; c) apoiar os pais na educação digital; d) buscar o consentimento de ao menos um dos pais para menores de 15 anos; e) fomentar ferramentas de controle parental que respeitem a privacidade e os melhores interesses da criança; f) promover a informação e os direitos dos menores por design; g) verificação da idade da criança e do consentimento parental com respeito a sua privacidade; h) fornecer garantias específicas para proteger os interesses da criança. Expandindo o escopo das experiências para além das autoridades nacionais, o Fundo de Emergência Internacional das Nações Unidas para a Infância (“UNICEF”), órgão internacional vinculado à ONU, que tem como objetivo a promoção e defesa dos interesses e direitos das crianças, estabeleceu sua posição a respeito do tema em algumas ocasiões. A UNICEF editou, em 2018, o documento “Industry Toolkit: Children’s Online Privacy and Freedom of Expression”, estabelecendo princípios gerais de privacidade para crianças na internet, quais sejam, o direito à própria privacidade e proteção de seus dados pessoais, o direito à liberdade de expressão, o direito à não sofrer ataques à reputação e entre outros. O Manifesto pela Governança de Dados da UNICEF, de maio de 2021, identificou desafios para uma melhor governança de dados de crianças (considerando crianças como menores de 18 anos). Partindo-se, então, à listagem de 10 ações que devem ser tomadas em prol de uma melhor abordagem do problema da governança de dados de crianças e adolescentes. Por sua vez, o “Comentário Geral n.º 25 da Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente sobre direitos das crianças no ambiente digital”, de 02 de março de 2021, estabelece 4 princípios que devem servir como viés interpretativo dos direitos postos pela Convenção, quais sejam: Princípio da não discriminação; Princípio do melhor interesse da criança; Direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento e; Respeito pelas visões da criança e do adolescente. Em conclusão, entendemos que os argumentos apresentados nesta contribuição, no âmbito doutrinário, legal ou mesmo internacional, unem-se para sustentar a interpretação de que, no Brasil, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes pode ser lastreado em qualquer uma das bases legais previstas em lei, sem restrições ou preferências a uma ou outra.

Contribuinte: MARCELA MATTIUZZO

Número: OP-271474

Data: 07/11/2022 - 17:52

Resumo: : "Contribuição à Tomada de Subsídios da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) - Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes InternetLab Autoras Bárbara Simão Coordenadora da área de privacidade e vigilância Anna Martha Estagiária de pesquisa Colaboração Fernanda Martins Diretora Alice Lana Coordenadora da área de cultura e conhecimento Clarice Tavares Coordenadora da área de desigualdades e identidades Iná Jost Coordenadora da área de liberdade de expressão I. Apresentação A.

Sobre o InternetLab O InternetLab é um centro independente de pesquisa interdisciplinar que promove o debate acadêmico e a produção de conhecimento nas áreas de direito e tecnologia, sobretudo no campo da Internet. Uma entidade sem fins lucrativos, a organização atua como ponto de articulação entre acadêmicos e representantes dos setores

público, privado e da sociedade civil, incentivando o desenvolvimento de projetos que abordam os desafios de elaboração e implementação de políticas públicas em novas tecnologias, como privacidade, liberdade de expressão e questões ligadas a gênero, raça, sexualidade e outras identidades.

B. Sobre a tomada de subsídios A Lei Geral de Proteção de Dados prevê, em seu artigo 14, disposições específicas para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. A interpretação deste dispositivo, entretanto, é objeto de diversas controvérsias entre representantes da sociedade civil, acadêmicos e profissionais da área, sobretudo, pela ausência de definição das hipóteses legais que autorizariam o tratamento destes dados. Em razão dessas divergências de interpretação, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), ao considerar a relevância do tema, tornou pública a tomada de subsídios sobre hipóteses de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes para o recebimento de contribuições da sociedade, de modo a evitar a criação de um cenário de insegurança jurídica para os agentes de tratamento e levar em consideração diferentes posicionamentos nos seus processos de tomada de decisão. Para a tomada de subsídios e com o objetivo de fomentar o debate público, a autoridade também elaborou um estudo preliminar de “Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes”. De acordo com o estudo elaborado pela ANPD, o artigo 14 da LGPD levaria a três interpretações principais e conflitantes. De um lado, a defesa de que o consentimento “seria a única hipótese legal apropriada para o tratamento de dados pessoais de crianças”. Por sua vez, há aqueles que argumentam que “outras hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD, tais como execução de políticas públicas e realização de estudos por órgãos de pesquisa, poderiam legitimamente amparar, entre outras operações de tratamento, o compartilhamento de dados pessoais entre órgãos públicos ou entre estes e uma universidade pública”. Por fim, a terceira e última interpretação argumenta que os dados de crianças e adolescentes são equiparáveis a dados sensíveis, de modo que o seu tratamento só poderia ocorrer com base nas hipóteses previstas no art. 11 da LGPD. Durante a análise preliminar, a autoridade chega a conclusão de que a primeira e a segunda interpretação mencionadas possuem limitações fáticas e jurídicas, de modo que poderiam limitar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes mesmo quando realizado no melhor interesse da criança, elemento primordial em qualquer tomada de decisão sobre processamento de dados desse público. Para a ANPD, a terceira interpretação parece ser a melhor alternativa. Ao entender que o § 1º do art. 14 não impede que outras hipóteses legais, previstas nos artigos 7 e 11, sejam aplicadas no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, estar-se-ia enfatizando que “a proteção da criança e do adolescente deve estar baseada no melhor interesse da criança, conforme o artigo 14 da LGPD, independentemente da hipótese legal utilizada”. Apesar de legítimos os argumentos apresentados pela ANPD, o InternetLab apresenta a presente contribuição no intuito de introduzir uma proposta alternativa para o tópico em discussão, ao demonstrar que a interpretação considerada mais adequada pela autoridade ainda não seria compatível com a necessária consideração do melhor interesse da criança.

II. A insuficiência do consentimento enquanto única hipótese legal Antes de adentrar nos detalhes da proposta que se pretende apresentar nesta contribuição, é importante mencionar alguns pontos em relação às outras potenciais hipóteses de aplicação no tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. O princípio do melhor interesse da

criança está respaldado no Artigo 3, parágrafo I, da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança. Tal princípio deve ser interpretado como conceito dinâmico, aplicado concretamente e prioritário em relação a interesses comerciais. Assim também prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao afirmar que a efetivação de seus direitos deve ser assegurada, com prioridade absoluta, por parte da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público. É nesse sentido que o caput do artigo 14 da Lei Geral de Proteção de Dados estabelece que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve ser realizado em seu melhor interesse. Por sua vez, o §1º determina que, no tocante a crianças, para além do seu melhor interesse, o tratamento de seus dados deve ser feito através da obtenção de consentimento específico de pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. O § 3º do mesmo artigo introduz as duas exceções legais quanto à obtenção do consentimento dos pais ou do responsável legal: quando a coleta e tratamento for necessária (i) para contatar os pais ou responsável legal ou (ii) para a proteção da criança. Diante desse cenário, um primeiro argumento que surge é aquele no qual a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças seria a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal. De acordo com essa interpretação, todo e qualquer tratamento de dados pessoais de crianças estaria submetido à obtenção do consentimento específico e em destaque de pelo menos um dos pais ou responsável legal. Mesmo nas situações em que seria aplicável outra hipótese legal, como cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, execução de políticas públicas, realização de estudos por órgão de pesquisa, proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou tutela da saúde, o consentimento seria exigível. As únicas exceções de obtenção de consentimento seriam aquelas previstas no § 3º do art. 14 da LGPD. Ocorre que, apesar do consentimento ser fundamental para a proteção dos interesses da criança, entender tal elemento como o único possível para o tratamento de dados leva a excessivas restrições. A sujeição exclusiva ao consentimento como base legal pode limitar o tratamento de dados pessoais, mesmo quando realizado no melhor interesse da criança. Como exemplo, tem-se o caso do Programa Auxílio Brasil, substituto do Programa Bolsa Família e principal programa de transferência de renda do país, previsto na Lei nº 14.284, de 29 de dezembro de 2021. O Auxílio Brasil é um programa social datificado, dado que a seleção de beneficiárias é feita por meio de uma base de dados denominada CadÚnico, que identifica e caracteriza socioeconomicamente as famílias brasileiras de baixa renda. O artigo 18 da norma que o instituiu estipula que, para a manutenção da condição de família beneficiária, é necessário o fornecimento de dados ao governo relacionados (i) à realização do pré-natal; (ii) ao cumprimento do calendário nacional de vacinação e ao acompanhamento do estado nutricional e (iii) à frequência escolar mínima. Além do fato das informações sobre o pré-natal e sobre vacinação serem dados de saúde e entrarem na categoria de dados pessoais sensíveis categorizada pela LGPD, a frequência escolar diz respeito diretamente a crianças e adolescentes. Caso a interpretação supramencionada fosse aplicada, o artigo 7º, inciso III, da LGPD, responsável por permitir o tratamento de dados pessoais pela administração pública para a execução de políticas públicas previstas em lei, ficaria submetido à obtenção do consentimento de cada pai ou responsável legal nos casos envolvendo dados de crianças - sensíveis ou não. Haveria, assim, uma dificuldade - ou, até mesmo, um impedimento - na implementação de políticas públicas, sobretudo, as de âmbito nacional. Ainda, vale ressaltar

que, nessas situações, raramente há uma abertura para negociação na obtenção de consentimento. Se, para o acesso de uma política pública, há a necessidade de fornecimento de dados pessoais, poder-se-ia criar um cenário de consentimento aparente, uma vez que não haveria condições efetivas de igualdade para o titular escolher entre realizar ou não o tratamento, seja em relação a si mesmo, seja em relação às suas crianças. No caso do Auxílio Brasil, isso fica ainda mais evidente, devido à situação de vulnerabilidade das famílias, o que acaba por desestruturar a ideia de um consentimento específico, livre e determinado. O consentimento aparente leva a outros efeitos negativos quanto a essa abordagem. A primeira é uma sobrecarga dos pais e responsáveis legais, que teriam a responsabilidade exclusiva de avaliar sobre os tratamentos de dados. A segunda é o fato de que nem sempre o consentimento dos pais está em convergência com o melhor interesse da criança. A terceira é o fato de que o consentimento enquanto base legal possui limitações relevantes, dado o fato de que termos de uso e políticas de privacidade podem ser de compreensão inacessível a certas habilidades de leitura, o que reforçaria a possibilidade de injustiças diante de contextos estruturalmente desiguais de uso da internet, alfabetização e segurança digital. Por fim, tal interpretação também não leva em consideração o outro público envolvido nesta discussão: os adolescentes. A exigência de consentimento parental aplica-se apenas a crianças, de modo que tornar esta como única hipótese legal de tratamento não resolve todo o problema, bem como acaba por criar hierarquias que não foram previstas pelo legislador.

III. A aplicação das bases legais do artigo 7º da LGPD

Uma segunda interpretação quanto ao tratamento de dados de crianças e adolescentes é a aplicação das bases legais do artigo 7º da LGPD. De acordo com essa hipótese, o § 1º do art. 14 não impede que as bases legais de tratamento previstas nos artigos 7º e 11 sejam aplicadas, desde que elas estejam em harmonia com o melhor interesse da criança. Desse modo, ainda que se priorize a hipótese legal de obtenção de consentimento de pelo menos um dos pais ou do responsável legal, isso não seria um obstáculo para a aplicação de outras previsões legais de tratamento caso elas fossem mais apropriadas ao caso concreto e priorizassem o melhor interesse da criança. As alegadas vantagens dessa interpretação seriam o fato de que haveria uma maior flexibilidade diante de situações concretas, além de que evitaria proibições abstratas quanto ao tratamento de dados de crianças e adolescentes que poderiam levar a limitações na prática. Sobrevém que, por mais que tal interpretação não seja considerada um “cheque em branco”, dado que deve ser sempre guiada pelo melhor interesse da criança, ela ainda abre margem para hipóteses demasiadamente amplas de tratamento de dados, o que pode levar a efeitos adversos e contrários à efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Em primeiro lugar, o tratamento de dados de crianças e adolescentes ficaria sujeito a certas bases legais que, no geral, são problemáticas de antemão em relação ao princípio interpretativo do melhor interesse da criança. Em especial, o legítimo interesse e a proteção ao crédito, previstos, respectivamente, nos incisos IX e X do art. 7º da LGPD, são bases legais extremamente flexíveis, que permitem a reutilização dos dados pelos agentes para finalidades diversas, sem que os titulares tenham conhecimento. Embora a base legal do legítimo interesse traga consigo anteparos legais à sua utilização, como a necessidade concreta de avaliação que leve em conta os direitos fundamentais e legítimas expectativas do titular, ainda não se sustentaria como base legal legítima para o tratamento de dados de crianças e adolescentes. Nessas

casos, o interesse do controlador de dados ou de terceiro ficaria invariavelmente à frente do interesse da criança e adolescente, o que leva a uma contradição principiológica na aplicação desta base legal. Ainda, no tocante especificamente à proteção de crédito, a situação é mais delicada. Além de crianças e adolescentes não possuírem capacidade jurídica para adquirir crédito, a base legal é excessivamente ampla, não conta com salvaguardas previstas na lei e permite possibilidade de perfilamento desse público sem grandes restrições. Necessário pontuar que a pontuação de crédito enquanto prática de mercado possui problemas reconhecidos de opacidade em relação aos critérios utilizados por algoritmos para a classificação dos cidadãos em relação a sua capacidade de pagamento, o que pode abrir margem para situações discriminatórias. A situação de vulnerabilidade e suscetibilidade específicas no caso de crianças apenas reforça esses problemas. Abrir essa possibilidade também para o tratamento de dados de crianças e adolescentes iria na contramão da transparência exigida na interpretação do melhor interesse da criança. Além disso, as bases legais do artigo 7º trazem outras questões. Ao serem previstas bases legais amplas como o legítimo interesse e a proteção do crédito, corre-se o risco de se deixar em aberto possibilidades de perfilamento desse público para o direcionamento de marketing e publicidade infantil, prática que é considerada abusiva de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, autoridades ao redor do mundo restringem essa possibilidade em relação a crianças e adolescentes. A ICO (Information Commissioner's Office), autoridade de proteção de dados do Reino Unido, elaborou o "Código de Práticas para os Serviços Online" no qual afirma que a opção pelo perfilamento deve ser desativada por padrão. Da mesma maneira, a autoridade irlandesa (DPC - Data Protection Commission) posicionou-se vedando expressamente a possibilidade de criação de perfis ou tomada de decisões automatizadas com base em dados de crianças, bem como o uso de dados pessoais para fins de marketing/publicidade. Em suma, estas hipóteses ficariam submetidas à discricionariedade interpretativa dos agentes de tratamento, o que se colocaria em oposição às exigências do melhor interesse da criança, que deve ser colocado prioritariamente em relação aos interesses de controladores e operadores de dados pessoais. Em razão de todas essas problemáticas, criar-se-ia um dever adicional à ANPD ou ao Judiciário. Para evitar a falta de transparência quanto ao significado dessas bases legais, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ou o Judiciário ficariam encarregados de análises a posteriori, o que poderia acarretar não apenas numa sobrecarga destes órgãos como também uma ameaça aos próprios direitos de crianças e adolescentes, que nem sempre estão alinhados com os interesses inerentes ao setor privado. Assim, é necessário afastar de antemão a possibilidade de que todas as bases legais previstas no rol do Art. 7º seriam compatíveis com o princípio do melhor interesse da criança. IV. A aplicação das bases legais do Art. 11 da LGPD Outra possibilidade levantada pela Autoridade frente ao cenário de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes seria a equiparação destes aos dados sensíveis, utilizando-se, neste caso, as hipóteses legais de tratamento previstas no art. 11 da LGPD. Em função da natureza dos dados pessoais sensíveis, o inciso I do artigo 11 prioriza o tratamento de dados a partir do consentimento do titular ou do responsável legal, de forma específica e destacada, para finalidades específicas. O inciso II do mesmo artigo amplia as possibilidades de tratamento, permitindo-o para quando o uso dos dados pessoais for indispensável para (i) cumprimento

de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; (ii) execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; (iii) realização de estudos por órgão de pesquisa; (iv) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; (v) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (vi) tutela da saúde; (vii) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular. Os dados sensíveis elencados no artigo 11 da LGPD não mencionam titulares específicos, mas sim características específicas. Nesse sentido, são dados sensíveis aqueles relacionados a raça ou etnia, convicção religiosa e opinião política, quando relacionados a uma pessoa natural. Em razão disso, no geral, quando a doutrina trata sobre essa categoria de dados, há uma tendência a afirmar que a definição desses dados está ligada ao seu potencial discriminatório. A categoria de dados sensíveis, então, serviria para proteger os titulares contra discriminações. Ainda que, de fato, um dos objetivos da criação dessa categoria pelo legislador tenha sido a proteção contra a discriminação, os dados sensíveis têm um alcance muito maior: servem como anteparo ao exercício de direitos fundamentais em sua plenitude. Por exemplo, no caso de dados genéticos ou relacionados à saúde, a tutela de dados pessoais sensíveis permite a efetivação do direito à saúde; já no caso de dados sobre opiniões pessoais, permite a efetivação do direito à liberdade de expressão e de comunicação. Os dados sensíveis revelam, assim, uma verdadeira proteção ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade - enquanto os dados pessoais são expressão direta da personalidade humana. Um primeiro ponto de destaque dessa interpretação é que traz uma centralidade ao consentimento, mas não se limita a ele, visto que é possível realizar o tratamento de dados pessoais sensíveis sem o consentimento de seu titular ou de seu responsável legal nas situações previstas no inciso II do artigo 11. Ademais, as hipóteses legais de tratamento de dados sensíveis sem o consentimento do titular ou do responsável legal, como dito acima, não são tão amplas e flexíveis quanto as do artigo 7º, o que confere uma maior proteção para os titulares dos dados. Aplicar as bases legais do Art. 11, no entanto, não deve ser equivalente a uma autorização de plano a qualquer tratamento de dados que se justifique por meio de uma das bases legais previstas no artigo. O princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer em qualquer caso. Em especial, chama-se atenção aqui à alínea “g” do inciso II do artigo 11, que prevê, como uma das hipóteses legais de tratamento de dados sensíveis sem o consentimento do titular ou do responsável legal, a “garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos”. A amplitude desta hipótese permitiria, por exemplo, tratamento de dados biométricos sem consentimento quando houvesse justificativa de prevenção à fraude. No entanto, há situações em que esse uso pode representar graves riscos a direitos fundamentais. No contexto escolar, tal hipótese acaba por ganhar ainda mais destaque. Recentemente, tem-se observado uma expansão, não só no Brasil, mas no resto do mundo, de implementação de reconhecimento facial nas escolas. De acordo com o National Center for Education Statistics, órgão que integra o Departamento de Educação dos Estados Unidos, em 2017, 80% das escolas estadunidenses contavam com a presença de câmeras com inteligência artificial. Há 20 anos, a porcentagem era de 19% . Por mais que algumas pesquisas apontem um alto nível de aceitabilidade no uso de sistemas de reconhecimento facial em escolas , eles vêm sendo implementados sem a devida observância da legislação de proteção de dados. Vale dizer que

tecnologias biométricas, como o reconhecimento facial, são reconhecidamente criticadas por seus problemas de acurácia e possibilidades de discriminação em relação a grupos historicamente minorizados, tais como pessoas negras, mulheres, pessoas trans e indígenas. A tecnologia está sendo incorporada de forma não opcional, de maneira que a coleta de dados biométricos tem se constituído como condição de acesso à educação, afetando principalmente as crianças que dependem da educação pública para seu pleno desenvolvimento, minando a possibilidade dessas crianças e adolescentes de desenvolver sua autodeterminação informacional. Portanto, o reconhecimento facial em escolas públicas expõe estudantes a uma coleta desigual de dados biométricos e uma garantia desigual à privacidade, na medida em que não têm a opção de recusar-se a oferecer seus dados. Caso os dados de crianças e adolescentes tenham, como uma das hipóteses legais de tratamento, a garantia a prevenção à fraude prevista no artigo 11, inciso II, alínea “g”, da LGPD, haveria um reforço jurídico desse cenário de insegurança escolar. Desse modo, vê-se como a aplicação irrestrita das bases legais previstas no Art. 11 também possui ressalvas importantes. Vale mencionar, ainda, que ao inserir os dados de crianças e adolescentes dentro do rol de dados sensíveis, poder-se-ia lidar com um risco de excluir a possibilidade de uma proteção "hipersensível" nos casos em que se está diante de dados de crianças e adolescentes que também são enquadrados como sensíveis. Tendo em vista as considerações feitas, passa-se, agora, a expor uma proposta complementar, que pretende não eliminar por completo problemas que possam eventualmente surgir com o tratamento de dados de crianças e adolescentes, mas, pelo menos, conciliar os pontos positivos das interpretações mencionadas, de modo a diminuir os efeitos deletérios que elas, em si, poderiam trazer. V. Uma nova proposta: a conciliação entre o melhor interesse da criança, hipóteses legais do Art. 11 da LGPD e a consideração dos direitos das crianças por design Como demonstrado anteriormente, a aplicação apenas do consentimento dos pais ou do responsável legal pode ser bastante limitadora no tocante ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, especialmente no âmbito de efetivação de políticas públicas. Por sua vez, o artigo 7º da LGPD parece trazer hipóteses legais de tratamento muito amplas para esse público, como o legítimo interesse e a proteção ao crédito. A equiparação dos dados de crianças e adolescentes aos dados sensíveis, previstos no artigo 11 da LGPD, pareceria ser, assim, a melhor saída. Haveria a possibilidade de aplicação de hipóteses legais que permitem o tratamento de dados de crianças e adolescentes sem a necessidade de obtenção de consentimento dos pais, mas que, ao mesmo tempo, não são tão flexíveis quanto aquelas previstas no artigo 7º da LGPD. Ocorre que a assimilação acrítica desta interpretação também levanta alguns problemas, como mencionado no tópico anterior. Diante desse cenário, o que se propõe é uma conciliação entre a proteção trazida aos dados sensíveis pelo artigo 11 da LGPD, o melhor interesse da criança e a consideração dos direitos das crianças e adolescentes desde a concepção do projeto, produto ou serviço. Como primeiro passo, o tratamento de dados de crianças e adolescentes deve ter o artigo 11 da LGPD como referência. Por considerar que os dados sensíveis merecem uma maior proteção, as hipóteses legais elencadas pelo legislador são mais restritivas e estariam em maior sintonia com o melhor interesse da criança, estabelecido no caput do artigo 14 da LGPD. Limitaria-se, assim, o escopo de bases legais possíveis, vedando-se a aplicação do legítimo interesse e da proteção ao crédito, previstas no artigo 7º da LGPD. Ainda, a referência dos dados sensíveis

possibilitaria uma interpretação mais protetiva dos direitos das crianças e adolescentes, uma vez que a concepção destes dados tem como objetivo, para além de evitar a discriminação, efetivar os direitos fundamentais dos usuários. Todavia, como apenas a equiparação não é suficiente, o segundo elemento necessário para possibilitar um tratamento de dados de crianças e adolescentes mais seguro e eficaz é o princípio do melhor interesse da criança, aliado à consideração prioritária dos direitos da criança desde a concepção do projeto, produto ou serviço (por design). O princípio do melhor interesse da criança possui um papel duplo. De plano, exige que a privacidade das crianças e adolescentes seja protegida da melhor maneira possível, dando efeito, na medida do possível, ao direito de proteção de dados de crianças e adolescentes. Mas, de um ponto de vista mais profundo, o melhor interesse da criança atua como balizador de qualquer situação em que este princípio entre em conflito com o direito à privacidade. Nesses casos, o direito de proteção de dados deve ceder para o princípio do melhor interesse. Na União Europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) traz seis hipóteses legais para o tratamento de dados pessoais em geral. São eles: (i) execução de contrato; (ii) cumprimento de obrigação legal; (iii) proteção de interesses vitais do titular de dados ou de terceiros; (iv) execução de política de interesse público; (v) legítimo interesse e (vi) consentimento. Todas elas, quando aplicadas no tratamento de dados de crianças e adolescentes, têm como condição central o melhor interesse da criança. Quando uma decisão tem que ser feita sobre o processamento de dados de crianças e adolescentes, seja esse processamento feito por um setor privado, público ou uma organização, os interesses e direitos e liberdades fundamentais dos titulares devem sempre ter precedência sobre os direitos e interesses advindos da aplicação da hipótese legal. Em suma, o que se pretende dizer é que o melhor interesse da criança deve sempre equacionar qualquer aplicação de base legal. O melhor interesse da criança, em alguns casos, prevalece imediatamente, como é possível perceber com as bases legais de proteção ao crédito e legítimo interesse presentes no artigo 7º da LGPD. Em outros, tal conflito pode não ser tão evidente, mas o princípio do melhor interesse jamais deve ser descartado. O artigo 11 da LGPD poderia legitimar, por exemplo, a coleta de dados biométricos de crianças e adolescentes para a aplicação do sistema de reconhecimento facial em escolas. Entretanto, como mencionado brevemente, a referida tecnologia não parece trazer, de fato, benefícios para esse público, mesmo que ainda possua uma base jurídica legítima para a sua aplicação. Não há clareza sobre o armazenamento dos dados obtidos com o reconhecimento facial, muito menos transparência na relação estabelecida entre as empresas que empregam esses sistemas e as escolas que os implementam. Por mais que o uso da tecnologia biométrica possa apresentar benefícios em determinadas circunstâncias, a sua introdução indiscriminada levanta sérias questões de insegurança para crianças e adolescentes de modo geral, como descumprimento do princípio da proporcionalidade, exposição desigual à coleta de dados e distribuição desigual de privacidade, perfilização, discriminação, vigilância e controle sem justa causa. É nesses cenários que a conciliação entre o melhor interesse da criança e as bases legais aplicáveis é crucial. Por fim, um último elemento que deve ser levado como base para o tratamento de dados de crianças e adolescentes é a abordagem do direito das crianças e adolescentes por design. A norma dos direitos da criança e adolescente por design tem como fundamento a Convenção sobre os Direitos da Criança e busca proteger o direito

de todas as crianças e adolescentes à privacidade e ao pleno desenvolvimento. Nesse sentido, a abordagem dos direitos da criança por design exige que todos os atores, incluindo os privados e, portanto, empresas de negócios de tecnologia, plataformas digitais, aplicativos, dispositivos conectados acessados por crianças - mesmo que não sejam voltados primariamente a elas -, bem como métodos, algoritmos e ferramentas necessários para dotar os agentes autônomos com a capacidade de raciocinar sobre decisões relativas a crianças, considerem as capacidades em evolução das crianças, desde sua concepção, até execução. A ideia principal é que os modelos de negócios amparados na coleta de dados não sejam concebidos de forma a explorar predatoriamente os dados de crianças e adolescentes, de modo a evitar o perfilamento e microssegmentação, algo extremamente prejudicial para esse público. A referida norma já vem sendo incorporada, inclusive, por algumas legislações mundo afora. Em 2020, o Reino Unido, por exemplo, editou um Código de Práticas para os Serviços Online, com o objetivo de orientar e exigir que tais serviços se adequem às exigências de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Para isso, foram estabelecidos quinze parâmetros “para direcionar o desenvolvimento de serviços virtuais no sentido do melhor interesse de crianças e adolescentes”. Um deles diz respeito, justamente, a técnicas de encorajamento - em inglês, nudge techniques. As técnicas de encorajamento consistem em estimular o usuário a escolher uma opção em vez de outra. No caso de crianças e adolescentes, isso pode representar um risco, pois pode direcionar esse público a fornecer dados pessoais desnecessariamente ou reduzir/desativar a proteção aos seus dados pessoais. Desse modo, o Código de Práticas desestimula a aplicação dessas técnicas, sendo elas admissíveis apenas se o estímulo for pró-privacidade ou pela promoção de saúde e bem-estar. Dentro desse contexto, o InternetLab e o Instituto Alana desenvolveram uma contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU sobre o direito das crianças à privacidade. No relatório, há tópico exclusivo sobre essa nova norma e no qual foram elaboradas algumas recomendações práticas específicas para atores que operam no ambiente digital. São elas:

- ∫ Integrar as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança em todas as políticas corporativas e processos de gestão apropriados;
- ∫ Usar uma perspectiva interdisciplinar para alcançar os melhores interesses da criança e de adolescentes;
- ∫ Adoção universal da melhor tecnologia e política disponível;
- ∫ Due diligence de políticas e padrões da comunidade;
- ∫ Minimização de dados;
- ∫ Propriedade total das crianças e de adolescentes sobre seus dados;
- ∫ Espaços digitais livres de exploração comercial;
- ∫ Promoção de experiências significativas e não monetizáveis;
- ∫ Técnicas de nudge utilizadas para o melhor interesse da criança e de adolescentes;
- ∫ Padrões de segurança;
- ∫ Configurações padrão de alta privacidade;
- ∫ Controle e mediação parental: as crianças devem ter a idade apropriada para o uso de determinado produto ou serviço e deve haver transparência nas informações sobre como esse uso afeta sua privacidade;
- ∫ Direito ao uso, ao brincar e ao participar do ambiente digital sem coleta de dados: opções livres de processamento de dados infantis;
- ∫ Promoção do direito das crianças à desconexão;
- ∫ Adoção de avaliações de impacto da proteção de dados de crianças;
- ∫ Uso prejudicial de dados: o processamento de dados de crianças deve ser sempre em seu melhor interesse;
- ∫ Transparência, acessibilidade e legibilidade dos termos de uso e políticas de privacidade;
- ∫ Não compartilhamento de dados de crianças. Fica

evidente, assim, que a incorporação dessa abordagem também é fundamental para uma interpretação mais robusta do tratamento de dados de crianças e adolescentes, uma vez que traz uma série de medidas profiláticas para não pôr em risco a segurança de tal público. VI.

Considerações finais Diante do exposto, compreende-se como favorável a aplicação da interpretação segundo a qual as hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD devem ser aplicadas exclusivamente para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Qualquer tratamento de dados e respectiva justificativa, no entanto, deve ocorrer sempre e em qualquer caso mediante ponderação a respeito do melhor interesse das crianças. Tal princípio deve ser aplicado de maneira concreta, considerando-se a situação, seus riscos e impactos para o exercício de direitos e da personalidade de crianças e adolescentes. De tal forma que, em bases legais que ainda sejam demasiadamente amplas - como aquela que permite o tratamento de dados sensíveis em caso de prevenção à fraude - ainda haja análise de antemão que previna situações que exponham crianças e adolescentes a maiores riscos. No mais, a aplicação desse conceito deve vir acompanhada do reconhecimento de que há “múltiplas infâncias” no país e dentro de cada região, entendendo-se seus diferentes contextos e especialmente considerando-se o impacto de desigualdades estruturais e vulnerabilidades socioeconômicas sobre o pleno exercício de direitos. Isto é, crianças e adolescentes não devem ser tratados como uma massa homogênea e uniforme, uma vez que situadas em diferentes contextos regionais, econômicos, culturais e sociais. Por fim, considera-se que a discussão sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes não deve se limitar apenas à consideração sobre as possíveis bases legais. É necessário que haja discussão mais ampla, que englobe a aplicação das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança em todo o processo de planejamento e execução de uma tecnologia. Isto é, é necessário abordagem que proteja esses direitos desde a concepção de qualquer projeto, serviço ou produto.

Contribuinte: Bárbara Prado Simão

Número: OP-271477

Data: 07/11/2022 - 17:58

Resumo: "CONSIDERAÇÕES DA BRASSCOM TOMADA DE SUBSÍDIOS SOBRE PROPOSTA DE ENUNCIADO DE HIPÓTESES LEGAIS APLICÁVEIS AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES Brasília (DF), 7 de novembro de 2022 A Brasscom, Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação e Tecnologias Digitais (TIC) e de Tecnologias Digitais, é uma entidade sem fins lucrativos de representatividade nacional que congrega algumas das mais dinâmicas e inovadoras empresas de TIC alinhadas com a Era Digital. Neste documento, a Brasscom, parabenizando o enunciado proposto pela ANPD, apresenta seus comentários para a Tomada de Subsídios sobre proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, levando em conta o estudo preliminar intitulado Hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (doravante chamado de Estudo Preliminar) e publicado juntamente com o anúncio da referida consulta. Estes comentários são sintetizados nas seguintes seções: 1.

Da insuficiência do consentimento como base única Como se depreende do Estudo Preliminar, a ANPD propõe enunciado que postula que as bases legais constantes dos arts. 7º e 11 da LGPD poderão embasar o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, sempre que observado o melhor interesse, conforme identificado no caso concreto. Esta proposição nos parece razoável e adequada, uma vez que o art. 14 caput da LGPD apresenta o melhor interesse como o critério norteador para tal tratamento de dados. É verdade que o § 1º deste dispositivo legal qualifica o consentimento, como necessariamente sendo específico de um responsável para o tratamento de dados pessoais de crianças, mas, como bem pontuado no Estudo Preliminar, o consentimento como base única tem efeito limitante sobre o tratamento destes dados inclusive em prejuízo das crianças, logo não é a interpretação mais condizente com o objetivo legal. Afinal, se limitado ao consentimento, o tratamento de dados pessoais de crianças não poderia se dar, por exemplo, para o planejamento de políticas públicas, o cumprimento de obrigação legal e até mesmo para a tutela da saúde da criança, o que afetaria potencialmente diversos de seus direitos – por exemplo, à vida, à segurança, à saúde ou ainda à cultura ou educação, como resultados de políticas públicas. A propósito, como não poderia deixar de ser, a realização de políticas públicas constitui um direito positivado e expresso das crianças, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. [grifos nossos] Assim sendo, consideramos que a leitura realizada pela ANPD, ao fazer prevalecer o caput sobre o texto literal do § 1º, se coaduna com o texto constitucional, que estabelece: Art. 227. 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. Ao ir além do consentimento de um responsável, o entendimento da ANPD se compatibiliza com o mandamento constitucional de que a obrigação de proteger o menor de idade se estende também ao Estado e à sociedade, não se restringindo à família. Tamanha é a importância da amplitude deste dever de respeito que o Estatuto da Criança e do Adolescente o repetiu, em termos mais gerais e abrangentes: Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Em adição, há que se notar que, ao interpretar o texto legal da LGPD à luz da Constituição Federal e dos direitos que dela emanam, a ANPD não foge à legalidade, mas faz um juízo de legalidade – isto é, elege a melhor maneira de se compatibilizar com o ordenamento jurídico, numa leitura que deve ser sistemática. 1 Neste sentido, são cabíveis as palavras da Min. Rosa Weber no contexto da ADI 4.874 – que, embora se refiram a agências reguladoras pelo contexto em que foram proferidas, definem os limites da atividade interpretativa das autoridades administrativas: O Legislador, de fato, não pode delegar responsabilidade pela decisão política, mas a escolha dos meios para a persecução da política por ele definida pode ser objeto de delegação. Isso em absoluto significa reduzir a regulação setorial ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Dotada de inquestionáveis relevância, responsabilidade, a função regulatória só é dignificada pelo reconhecimento de que não é inferior nem exterior à

legislação. Exerce-se, isto sim, em um espaço que se revela qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes. O poder normativo atribuído às agências reguladoras pelas respectivas leis instituidoras consiste em instrumento para que dele lance mão o agente regulador de um determinado setor econômico ou social para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial. No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares, sem que possa, a agência reguladora criá-los ou extingui-los. O poder normativo atribuído às agências reguladoras vocaciona-se, como bem pontua Sérgio Guerra, a “traduzir, por critérios técnicos, os comandos previstos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional acerca do subsistema regulado”. 2 [grifos nossos] Não obstante a fundamental interpretação constitucional e axiológica sobre a proteção da criança, a LGPD, inclusive, dá espaço para se entender que o consentimento não é a única base legal permitida para o tratamento de seus dados pois o parágrafo 3º do artigo 14, quando trata das exceções ao consentimento, permite o tratamento dos dados para a sua “proteção”. E será condizente com a “proteção” da criança o tratamento de dados pessoais realizados “no seu melhor interesse”, o que abre margem para a conjugação do artigo 14 com os artigos 7º e 11 da LGPD. Portanto, entendemos razoável e cabível a posição adotada no enunciado proposto pelo Estudo Preliminar de que o consentimento não constitui, por si só, base única e suficiente para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. 2. Da inexistência de fundamento para equiparação a dados sensíveis Conforme mencionado no Estudo Preliminar, há um posicionamento, proveniente sobretudo da literatura setorial brasileira, 3 que preconiza a equiparação de dados pessoais de crianças e adolescentes a dados sensíveis, devido ao grau de risco associado ao tratamento dos primeiros e à similaridade do texto que descreve ambos os conceitos. Neste pormenor, mais uma vez, a ANPD adota entendimento elogiável ao afastar a referida equiparação. Primeiro porque, no âmbito interpretativo, a mera similaridade textual ou repetição de termos no texto legal não é capaz, por si só, de regular igualmente as matérias dos arts. 14 e 11 da LGPD – além do mais, a matéria do art. 11, consistente de dados pessoais sensíveis, está exaustivamente definida no art. 5º, II desta lei, sem qualquer referência a dados de crianças e adolescentes, como se vê: Art. 5º, 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. Logo, a equiparação sugerida não foi uma escolha realizada pelo legislador, na medida em que este tratou, intencionalmente, os dados pessoais de crianças e adolescentes em Seção da LGPD diversa (Seção III, do Capítulo II) daquela dedicada aos dados pessoais sensíveis (Seção II, do Capítulo II). Deste modo, ignorar a decisão oriunda da liberdade de conformação do legislador não apenas viola a separação de poderes 4, o princípio da legalidade 5, mas também representa uma opção interpretativa evidentemente contra legem e sem qualquer base constitucional. Deste modo, entender a analogia como possível, no caso em apreço, é afastar a premissa do instituto, porquanto ela pressupõe a ausência de previsão legal, o que não parece ocorrer na situação analisada. Conforme ensina Carlos Maximiliano 6, “o manejo acertado da analogia exige, por quem a

emprega, inteligência, discernimento e rigor de lógica (...) Pressupõe (1º) uma hipótese não prevista na lei; (2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, exigir um elemento de identidade; (3º) esse elemento não pode ser qualquer um e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo.” E complementa o renomado jurista: (...) “[A analogia] serve para suprir lacunas nos textos; não para descobrir o sentido e alcance das normas positivas.” Nesse sentido, entendemos que o recurso à analogia não seria a maneira mais acertada de interpretação da LGPD, já que não há omissão legislativa, tampouco poderia ser empregada para a compreensão do conceito de “melhor interesse” do menor, previsto na LGPD, por falta de previsão legal nesse sentido. Em complemento, há que se notar que a expansão dos dados pessoais sensíveis para além daqueles previstos pelo legislador, tem efeito perverso para a própria proteção de dados – afinal, quanto mais inflacionado o conceito, maior a sua banalização, como já notado na literatura internacional: *A further risk [of more sensitive data] is that the concept of sensitive data itself becomes devalued over time. If an ever-greater proportion of personal data is likely to be sensitive data, one might begin to question the value of sensitive data.* 7

Reforce-se que, na linha das diversas legislações em torno da regulação da proteção de dados pessoais, a LGPD adota uma premissa de regulação responsiva, embasada na gestão de risco. Não à toa, há previsão expressa na lei do princípio da responsabilização e prestação de contas 8, e definições de dados pessoais e dados pessoais sensíveis provém de avaliações de risco – isto é, há diferentes níveis de risco envolvidos no tratamento de dados pessoais, e os titulares têm direito ao tratamento especial conferido a um conjunto de dados pessoais, definido pelo legislador, que possa apresentar riscos mais agudos. Exemplos deste entendimento, consagrado na Europa, já podem ser encontrados na literatura nacional. 9 Neste sentido, entendemos que também as crianças e adolescentes dispõem do referido direito, devendo ter seus dados divididos entre aqueles pessoais e aqueles pessoais sensíveis, com os efeitos especialmente protetivos que eles pressupõem. Por isso, entendemos que a posição expressa pela ANPD no Estudo Preliminar se revela acertada, tanto do ponto de vista jurídico quanto da política pública. 3.

Da preponderância da multidimensionalidade do melhor interesse Para além das definições do art. 14 caput da LGPD, que já posicionam o melhor interesse do menor como o critério principal para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, é preciso enfatizar que este conceito está baseado na multidimensionalidade e na dinamicidade. Em outras palavras, não se trata de um conceito fechado e completamente definido *ex ante*, mas de uma construção abstrata que impõe à autoridade, e todos aqueles envolvidos do tratamento dos dados pessoais em questão, a aferição, no caso a caso, de uma série de fatores relativos ao bem-estar dos menores, sempre à luz de seu contexto individualizado. Uma tal definição não provém de uma mera interpretação textual da LGPD, mas do exame do longo debate a respeito do conceito de melhor interesse desde seu nascimento: da Declaração dos Direitos da Criança (1959), passando pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que adotou a tradução “superior interesse” 10, até a presente redação da LGPD. Ao longo desse caminho, consolidou-se o entendimento de que a aferição do melhor interesse depende da análise de contexto, como se depreende do entendimento do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, para o qual se trata de um “dynamic concept that requires an assessment

appropriate to the specific context.” 11 Na análise contextual, diversos aspectos da vida do menor devem ser ponderados, entre os quais o bem-estar objetivo, a segurança, relações familiares, contatos sociais, habilidades, vontades, possibilidades de desenvolvimento pessoal, além de outros elementos e necessidades específicas. 12 A extensão desta lista de aspectos, sempre com viés de expansão, é a marca da multidimensionalidade do melhor interesse. Com efeito, a discussão do melhor interesse dos menores em contextos digitais, marcados por frequente inovação e veloz transformação, reafirma a relevância da multidimensionalidade do melhor interesse: o comentário nº 25 da Comissão de Direitos da Criança da UNICEF atesta que o caso concreto, em toda sua complexidade, é o único ambiente que se pode definir o conceito, que sempre deve ser avaliado tendo em vista os direitos dos menores: The best interests of the child is a dynamic concept that requires an assessment appropriate to the specific context. [...] In considering the best interests of the child, they [the States] should have regard for all children’s rights, including their rights to seek, receive and impart information, to be protected from harm and to have their views given due weight, and ensure transparency in the assessment of the best interests of the child and the criteria that have been applied.13 Desta forma, não se estranha que, no mesmo documento, a referida comissão postula que, na impossibilidade de oferecer condicionamentos detalhados de antemão, os Estados nacionais devem exigir que negócios dirigidos ou que envolvam crianças “take measures to innovate in the best interests of the child”, 14 adaptando-os às transformações por que passa o setor digital – algo que lei ou mesmo a regulação não é capaz de fazer de antemão. Assim, reforçamos que o enunciado proposto no Estudo Preliminar, por pressupor a análise do melhor interesse no caso concreto, revela-se apropriado e alinhado com a disciplina do tema no âmbito macro da Convenção dos Direitos da Criança, que se apresenta altamente relevante para a proteção de dados, como já sinalizado na literatura especializada internacional. 15 Por último, é preciso enfatizar que o enunciado proposto pela ANPD não tolhe a proteção do menor ao permitir que as bases legais de tratamento de seus dados possam ir além do consentimento. Afinal, as bases legais constantes dos artigos 7 e 11 – que, como fundamentos do regime de proteção de dados no Brasil, pressupõem a proteção dos titulares – já servem como garantias legais contra o tratamento arbitrário e abusivo, devendo assim ser conjugadas com as avaliações em concreto do melhor interesse. 4.

Das práticas da indústria que se coadunam com o melhor interesse Embora o melhor interesse tenha elevado grau de abstração, dependendo da situação concreta para sua efetiva identificação, não há dúvidas de que determinadas ações por parte dos agentes de tratamento se mostram, mesmo em abstrato, como favoráveis para a consecução dos direitos e interesses de crianças e adolescentes. Com este objetivo, a indústria costuma lançar mão, por sua própria iniciativa, e respeitadas as diferentes características de negócios, de diversos mecanismos para fins de se buscar o respeito ao melhor interesse, entre os quais se podem citar como exemplos: a) Privacy by default: a assimilação por padrão das configurações de privacidade mais restritas possíveis a usuários identificados como crianças e adolescentes; b) Linguagem clara: a oferta de informação sobre tratamento de dados pessoais em linguagem simples e adequada ao público a que se destinam os produtos e serviços; c) Participação: a inclusão de crianças e adolescentes nas discussões sobre políticas e aspectos de design que tenham relação com seus dados pessoais, a depender da

natureza dos serviços e/ou produtos oferecidos, envolvendo o tratamento dos seus dados pessoais; d) Exercício de direitos: a possibilidade do próprio menor exercer direitos relativos a dados pessoais, sempre respeitando as capacidades em desenvolvimento de crianças e adolescente; e) Limitação de perfilamento: o desenho de produtos e serviços que não utilizam ou restringem a formação de perfis de crianças e adolescentes; f)

Restrição de certas modalidades de publicidade direcionada: oferecimento de experiências adequadas à idade, com eventual restrição da exibição de determinadas modalidades de publicidade direcionada; g) Ferramentas de supervisão: sistemas administrados pelos pais ou responsáveis legais dos menores que garantem a funcionalidade de bloquear conteúdos e impor limitações quanto ao uso do serviço. Considerando a experiência da indústria (e de outros setores da sociedade) na questão e a importância das definições da ANPD sobre práticas como as mencionadas acima, julgamos cabível o estabelecimento de um Grupo de Trabalho, necessariamente calcado na participação social e na multissetorialidade, para a realização de debates e estabelecimento de subsídios para a atividade regulatória quanto ao tema. * * À luz destas considerações, a Brasscom

cumprimenta a ANPD pelos entendimentos expostos em seu Estudo Preliminar e, em que pesem os méritos nele já presentes, espera ter contribuído para a consolidação do entendimento a respeito das bases legais cabíveis para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Referências: 1 v. GRAU, E. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56-7. 2 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874 Distrito Federal. Rel. Min. Rosa Weber. Inteiro teor, p. 37. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749049101> 3 V. por exemplo, HENRIQUES, I; PITA, M.; HARTUNG, P. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 4 Artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil. 5 Artigo 5º II da Constituição da República Federativa do Brasil. 6 Em “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008, p. 173. 7 QUINN, P.; MALGIERI, G. The Difficulty of Defining Sensitive Data—The Concept of Sensitive Data in the EU Data Protection Framework. German Law Journal, 22, 2021, pp. 1583-1612. 8 V. artigo 6º inciso X da LGPD. Segundo a ICO, autoridade inglesa de proteção de dados, o accountability principle (“responsabilidade e prestação de contas”, na LGPD) é um dos princípios-chave que consagram a abordagem baseada em risco da lei de proteção de dados pessoais. 9 Para Vinícius Marques de Carvalho, Marcela Mattiuzzo e Paula Pedigone Ponce, “[tratamentos de dados pessoais considerados mais sensíveis, isto é, que representam maiores riscos aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares, merecem ser acompanhados de forma ainda mais próxima.” Analogamente, para Mario Viola e Chiara Spadaccini de Teffé, dados sensíveis seriam “dados especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, cujo complexo propicia riscos significativos para seu titular.” v. os artigos CARVALHO, V.M.; MATTIUZZO, M.; PONCE, P.P. Boas Práticas e Governança na LGPD & VIOLA, M.; TEFFÉ, C.S. Tratamento de dados pessoais na LGPD: Estudos sobre as bases legais dos artigos 7º e 11, presentes em BIONI, B. (ORG). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 117. 10 Vide artigo 19 §2º do ECA. 11

COMISSÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), p. 3. Disponível em:

https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf 12 Estes aspectos, citados a título de exemplo, são mencionados no COUNCIL OF BALTIC SEA STATES SECRETARIAT. Guidelines - Promoting the Human Rights and the Best Interest of the Child in Transnational Child Protection Cases. Stockholm, 2015, p. 20. 13 COMISSÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment, p. 2. Disponível em:

<https://www.unicef.org/bulgaria/en/media/10596/file> 14 Ibidem, p. 7. 15 V. por exemplo, LIEVENS, E. ET AL. Children's Rights and Digital Technologies. In: KILKELLY, U.; LIEFAARD, T. International Human Rights of Children. Singapore: Springer, 2019, pp. 487-513.

Contribuinte: Raíssa L Siqueira F

Número: OP-271489

Data: 07/11/2022 - 18:18

Resumo: : "Contribuição do Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor 1.

Introdução O Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor é uma associação de consumidores, sem fins lucrativos, independente de empresas, partidos ou governos. Fundada em 1987 em São Paulo/SP, sua missão é a defesa dos consumidores, na sua concepção mais ampla, representando-os nas relações jurídicas de qualquer espécie, promovendo a educação, a conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica. Desde a sua fundação, o Idec tem atuado na defesa do consumidor, com uma incidência ativa para a aprovação de importantes leis consumeristas, tais como o Código de Defesa do Consumidor, em 1990. O Instituto tomou conhecimento de chamada pública para envio de contribuições à Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes e, considerando sua expertise no tema, envia suas contribuições. O Instituto se disponibiliza a contribuir em outras oportunidades para a pauta, inclusive em outros processos de participação da sociedade civil, como por meio de audiências públicas. Consideramos que a proteção da privacidade e dos dados de crianças e adolescentes é um aspecto fundamental para a materialização do princípio do melhor interesse. Portanto, entendemos que dentre as bases legais apresentadas no estudo prévio, a que possibilita o maior nível de proteção às crianças e adolescentes, de forma a efetivar seu melhor interesse, é a equiparação à dados sensíveis (art. 11 da LGPD), conforme argumentamos a seguir. 2. Por que não é aplicável exclusivamente a base legal do consentimento O consentimento livre, expresso e informado por parte de pais e responsáveis deve ser estimulado sempre que for adequado ao melhor interesse da criança e do adolescente. Ao mesmo tempo, a hipótese de que o tratamento de dados de crianças e adolescentes só poderia ocorrer exclusivamente com base no consentimento apresenta-se, na prática, como uma mera ilusão de que os dados desses sujeitos estariam protegidos, quando,

na verdade, poderia implicar a violação de seus direitos fundamentais. Inicialmente, vale destacar que, no Brasil, somente 53% das crianças e adolescentes de 9 a 17 anos de idade recebem orientação de pais ou responsáveis sobre a navegação na internet, segundo a pesquisa TIC Kids Online 2019. A quantidade de crianças e adolescentes deixados sem proteção no ambiente online evidencia como responsabilizar seus pais e responsáveis por sua privacidade podem lhes trazer prejuízos. Independente disso, diante da assimetria informacional no uso da internet, não há como garantir que seus responsáveis tenham o letramento digital necessário para orientá-los da melhor forma possível. A própria legislação autoriza a coleta de dados pessoais de crianças sem o consentimento dos responsáveis legais quando for necessário para sua proteção, conforme § 3º do art. 14 da LGPD. Como a adoção de políticas públicas que os beneficiem, ou até mesmo para a tutela de sua saúde em procedimentos realizados por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária, como citou a própria autoridade em seu estudo prévio. Ainda, a interpretação restritiva poderia trazer dificuldades ou até impedir o acesso de crianças e adolescentes à internet em igualdade de condições, podendo promover exclusão digital, como também aponta a autoridade no estudo prévio. Isso porque, devemos considerar os possíveis conflitos de interesse entre os pais e o melhor interesse da criança e adolescentes. A título de exemplificação podemos citar o direito fundamental ao registro de crianças, a emissão de certidão de nascimento e, até mesmo, o combate à violência. Tratam-se de obrigações do Estado, que não pode se escusar diante da negativa dos pais e responsáveis em consentir para o tratamento dos dados de seus filhos. A segurança e a privacidade das crianças e adolescentes são direitos fundamentais, portanto são um dever de todos, incluindo as empresas e o Estado. Interpretações restritivas que limitam a proteção de dados de crianças ao consentimento dos pais e responsáveis liberam Estados, empresas e outras organizações da responsabilidade pelo uso prejudicial de dados pessoais e violações de privacidade.

3. Sobre a Interpretação nº 2 – aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD Trata-se da hipótese que melhor garantirá o direito de crianças e adolescentes à privacidade e proteção de dados. Ao equiparar dados pessoais de crianças e adolescentes com dados sensíveis será conferido maior grau de proteção aos titulares pois restringe o tratamento a hipóteses legais mais protetivas. Os dados pessoais sensíveis recebem tratamento especial pela legislação por seu conteúdo oferecer uma vulnerabilidade adicional ao seu titular. Tal equiparação já foi, de certa forma, realizada pela própria ANPD em seu regulamento para agentes de tratamento de pequeno porte, mais especificamente no art. 4º, d), senão vejamos: “utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos”. Ademais, o Art. 3º, I da Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário, preconiza que o princípio do melhor interesse da criança deve ser interpretado como um conceito dinâmico, de forma que sempre considere de maneira prioritária a proteção das crianças em relação a quaisquer outros interesses, incluindo comerciais e econômicos. Dessa maneira, a aplicação de bases legais que privilegiam os interesses dos agentes de tratamento confrontam de maneira direta a ordem jurídica internacional, a Constituição Federal e o ECA. Ainda que não haja essa previsão expressa na definição de dados sensíveis (art. 11 da LGPD), se trata de uma equiparação pelo próprio melhor interesse da criança. Neste sentido, deve haver a absoluta prioridade do melhor interesse das crianças e

adolescentes, pois, na prática, a absoluta prioridade determina que “em todos os casos concretos em que uma criança estiver envolvida, o que se deve buscar em primeiro lugar é a satisfação de seus direitos e melhor interesse”. Assim, em uma leitura harmônica e coordenada do ordenamento jurídico de proteção à criança e ao adolescente, deve-se entender que a interpretação do melhor interesse da criança e seu tratamento como absoluta prioridade, necessariamente envolve as categorias de dados especiais, mais protegidas, previstas na LGPD. Adiciona-se que essa interpretação, menos restritiva que a primeira (de aplicação exclusiva do consentimento), permite o tratamento de dados de crianças e adolescentes em diversos casos em seu melhor interesse, seja na execução de políticas públicas, ou na proteção da vida destes indivíduos. Ao mesmo tempo, esta interpretação impede o uso abusivo dos dados de crianças e adolescentes em hipóteses legais mais amplas, como se verá a seguir.

4. A não aplicação de legítimo interesse e da proteção de crédito O princípio do melhor interesse, o qual o Brasil adotou por meio da Convenção Sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 e implícito na Constituição em seu art. 22, determina que qualquer ação relacionada à criança deve considerar primordialmente o seu melhor interesse. É um conceito complexo que pode ser entendido como um direito fundamental, um princípio jurídico interpretativo e como uma regra procedimental. Este último consiste, segundo a Comissão, no seguinte procedimento: "nos casos em que uma decisão a ser tomada afete crianças (ou um grupo de crianças), todo o processo decisório deve incluir uma avaliação do possível impacto (positivo ou negativo) para aquela criança ou grupo de crianças. Propõe: (a) Em primeiro lugar, no contexto factual específico do caso, descobrir quais os elementos relevantes para uma avaliação do interesse superior, determinar o seu conteúdo concreto, e ponderar a sua importância em relação aos outros elementos; (b) Em segundo lugar, seguir um procedimento que assegure as garantias legais e a aplicação adequada deste direito. (Grifos nossos).

Percebe-se que este é justamente o procedimento inverso existente nas análises de legítimo interesse. Em Testes de Legítimo Interesse (LAI), no procedimento ideal, primeiramente é identificado o interesse da empresa a partir de uma situação concreta, em seguida, é demonstrado como o procedimento - por exemplo a coleta de dados - é estritamente necessário para atingir a finalidade legítima e, só então, balanceá-lo com os interesses, direitos e liberdades do titular de dados, neste caso as crianças." Ou seja, em um primeiro momento a empresa analisa seu próprio interesse para, posteriormente, analisar o melhor interesse das crianças e adolescentes. Portanto, trata-se de um procedimento reverso, pois o próprio princípio fica em segundo plano em relação aos interesses dos controladores de dados, especialmente quando a base legal utilizada é legítimo interesse do controlador. Destaca-se que o interesse em foco no legítimo interesse é do controlador, e não o melhor interesse da criança e do adolescente, muitas vezes sendo estes contraditórios, tendo em vista os modelos de negócio preponderantes na economia digital. Assim, é incoerente, e demasiadamente arriscado, deixar que os controladores de dados optem abertamente pela base legal a ser utilizada, especialmente a base de legítimo interesse, visto que seus interesses são presumidamente conflitantes. Já a base legal relacionada ao tratamento de dados para proteção ao crédito é muito ampla e não conta com critérios e deveres específicos. Como resultado, observamos o uso desta base legal por diversas empresas de forma genérica, o que pode gerar diversos riscos aos titulares, como o tratamento com finalidades abusivas ou

discriminatórias. Ainda, mesmo que seja melhor delimitado o uso e as finalidades desta base legal, não há o que se falar no uso de dados de crianças e adolescentes para proteção ao crédito, considerando que isso foge do escopo e razões pelas quais estes titulares utilizam a internet e outras tecnologias. Ainda, considerando a hipervulnerabilidade e falta de conhecimento do público infantojuvenil, os dados coletados durante o período em que o titular era criança ou adolescente também não deverão ser utilizados para futuras análises de crédito, devendo ser preservado seu direito de desenvolvimento em estágio específico da vida. Trata-se de uma medida de segurança frente aos sistemas de pontuação de crédito e cadastro positivo que podem se utilizar dos extensos e precisos rastros digitais de crianças e adolescentes de forma discriminatória e opaca, visto que não informam de maneira clara, transparente e objetiva os critérios e dados utilizados para a formulação da pontuação. Isso não significa dizer que as empresas devem sempre evitar realizar o tratamento de dados de crianças e adolescentes. A Constituição Federal de 1988 consubstancia, de maneira inovadora, um dever à família, à sociedade e ao Estado e um direito fundamental à solidariedade de que são titulares as crianças e adolescentes. A integração dos deveres de solidariedade e proteção integral é de crucial importância se tratando do resguardo dos direitos das crianças e dos adolescentes frente às novas tecnologias. Estes princípios enfatizam a obrigação das empresas que atuam no ecossistema digital em 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 proteção consagrados constitucionalmente e em âmbito infraconstitucional. Assim, empresas precisam, por exemplo, detectar uso por crianças e adolescentes para oferecer tratamento especial de dados - como não tratamento para fins de marketing e analytics -, mas isso não se confunde com legítimo interesse, pois se trata do melhor interesse da criança e não necessariamente do agente de tratamento. Neste exemplo, inclusive, o melhor interesse da criança é conflitante ao interesse do agente de tratamento de buscar lucro via anúncios personalizados a seus usuários.

5. Os riscos no uso de legítimo interesse e a necessidade de proibição expressa de tratamento de dados de crianças e adolescentes para marketing personalizado e analytics

Crianças e adolescentes são sujeitos hipervulneráveis e, portanto, estão mais expostos aos aspectos negativos do ecossistema digital, tendo em vista a etapa específica de desenvolvimento biopsicológico que atravessam. Dentre os tantos riscos a que estão expostos está - como explicam os institutos Alana, ADC e Data Privacy - o risco de consumo, que envolve “aqueles a que crianças e adolescentes estão expostos quando são considerados consumidores da economia digital” e “inclui o contato com marketing digital, perfilamento para fins comerciais, riscos financeiros e de segurança”, que se complementam ainda aos riscos interseccionais relacionados à “privacidade, tecnologias avançadas (como inteligência artificial) e riscos quanto à saúde e bem-estar”. O marketing digital, perfilamento para fins comerciais, dentre outras técnicas envolvidas no “risco de consumo”, são, na maioria das vezes, realizadas no ambiente digital por meio da adoção da hipótese legal do legítimo interesse (art. 7º, IX). Dessa forma, permitir o uso de todas as bases legais do art. 7º para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, como pretendido pela ANPD, coloca esses sujeitos, já tão vulneráveis, em uma série de situações de risco. Nesse sentido, é fundamental a proibição da publicidade personalizada direcionada a crianças. Lembrando que, o reconhecimento desses indivíduos enquanto sujeitos de direito dotados de

características particulares, em razão do estágio de desenvolvimento em que se encontram, demanda das autoridades e demais responsáveis pela tutela das infâncias não simplesmente comportamentos negativos, mas, sobretudo, atos positivos para a efetivação de direitos - como previsto na Declaração Universal sobre os Direitos da Criança. Importante ressaltar que a exploração comercial infantil já é rechaçada por diversos marcos normativos, inclusive pela CF/88 (art. 227). O texto constitucional, além de vedar a exploração infantil, também é taxativo no sentido de que a proteção integral das crianças e do adolescente não é uma obrigação exclusiva dos seus pais e responsáveis, mas, também da sociedade, o que inclui as empresas e o Estado. O Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/16), em seu art. 5º, garante o direito da criança, até os 6 anos de idade, em ser protegida contra todo tipo de pressão consumista. Somado a isso, o Código de Defesa dos Consumidores (CDC), também traz limitações à publicidade. O art. 36 veda a publicidade clandestina, constantemente direcionada a crianças por sua hipervulnerabilidade e inocência. Neste sentido, observamos as multas por merchandising em novelas e programas infantis. Já o art. 37 proíbe a publicidade enganosa - que leva o consumidor a erro- ou abusiva - aquela que leva o consumidor a um comportamento prejudicial a sua saúde e/ou se aproveita da falta ou deficiência de julgamento da criança. É necessário considerar que toda publicidade se aproveita da falta ou desconhecimento da criança, visto que essa não tem discernimento para compreender e diferenciar a realidade e a publicidade, conforme posicionamento do Conselho Federal de Psicologia. A título de exemplificação, podemos citar as publicidades feitas por influenciadores do público infantil. Pelas características lúdicas de seu conteúdo, que muito se assemelham a uma brincadeira, dificilmente serão identificadas como publicidade por crianças. Inclusive, o art. 39, IV do CDC veda que os fornecedores utilizem-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. Ainda, a Resolução 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) define que deve ser considerada abusiva a prática de publicidade infantil quando o fornecedor do produto e/ou serviço utilizar-se de (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. Observa-se, no entanto, que mesmo com a proibição à publicidade infantil as crianças e adolescentes ainda são vítimas das propagandas direcionadas e outras formas de publicidade. Os controladores de dados devem observar todos os marcos normativos acima citados, de forma a respeitar o melhor interesse das crianças e adolescentes. Visto que a publicidade abusiva é intensificada nas plataformas digitais, razão pela qual a proibição do uso de dados de crianças e adolescentes para marketing personalizado e analytics deve ser expressa e a base legal de legítimo interesse não deve ser permitida às empresas. Aqui, reiteramos o entendimento da Asociación por los Derechos Civiles - ADC, Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa e Instituto Alana: “o melhor interesse das crianças deve assumir posição prioritária na elaboração de políticas públicas, na tomada de ações diante de casos concretos e na

interpretação e aplicação das normas, inclusive quando em colisão com outros direitos e princípios assegurados pela ordem jurídica.” Deve-se, desde já, proibir o uso para publicidade direcionada, sob pena de não priorizar o melhor interesse das crianças na elaboração desta política pública. No caso do WhatsApp, igualmente isto deveria ter sido prioridade, conforme iremos expor abaixo.

6. Caso WhatsApp: uso para perfilização, ausência de tratamentos especiais e de formas de garantir não uso por menores de 13 anos. Ainda que a plataforma de mensageria WhatsApp informe que apenas titulares com mais de 13 anos podem utilizar seus serviços, o que se observa na prática é uma grande quantidade de crianças utilizando-se da plataforma. A pesquisa TIC Kids Online Brasil aponta que 86% da população de 10 a 17 anos utiliza o WhatsApp, já a pesquisa “Crianças e Smartphones no Brasil” apontou que, em 2021, nas famílias brasileiras cujos pais têm smartphone, 49% das crianças de 0 a 12 anos também têm um aparelho próprio. Na Nota Técnica 49/2022, a ANPD reconhece que “a empresa não toma medidas de segurança para verificar a idade dos usuários e impedir o cadastramento de menores de 13 anos”, oferecendo apenas recurso de denúncia. A empresa admite, ainda que de maneira não intencional, que trata dados de crianças e adolescentes da mesma forma que trata os dados de adultos. A empresa utiliza diversas bases legais para o tratamento dos dados de crianças e adolescentes, como: consentimento; legítimo interesse; cumprimento de obrigação legal ou regulatória e proteção à vida. O que se encontra em desacordo com a legislação vigente, uma vez que para utilizarem a base legal do consentimento deveriam direcioná-lo aos pais ou responsáveis e não aos titulares menores de 13 anos (art. 14, §1º da LGPD). Observa-se, portanto, uma violação do melhor interesse das crianças e adolescentes pelo WhatsApp, conforme orientação da Convenção sobre os Direitos da Criança, que evidenciou que “os interesses e direitos das crianças são dignos de tamanha proteção que devem prevalecer, inclusive, sobre outras considerações e direitos na análise de casos concretos — incluídos, aqui, os interesses econômicos de empresas que atuam no ambiente digital”. Inclusive, a própria autoridade reconhece que “quanto aos riscos digitais a que as crianças e adolescentes estão sujeitos, a ausência de medida assecuratórias específicas para menores não parece ser a prática mais adequada, frente à necessidade social de proteção”. Questiona-se, especialmente, o compartilhamento de dados de crianças e adolescentes entre as empresas do grupo Meta (da qual o WhatsApp faz parte). Com a equiparação a dados sensíveis, o compartilhamento de dados pessoais com o objetivo de se obter vantagem econômica poderá, inclusive, ser objeto de vedação pela ANPD, conforme preconiza o art. 11, § 3º da LGPD.

7. Conclusão Pelos motivos aqui expostos, o Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor solicita que a ANPD reconsidere sua interpretação sobre quais hipóteses legais seriam aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, tendo como opinião final o entendimento pela aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 da LGPD para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

Contribuinte: Luã Fergus Oliveira da Cruz

Número: OP-271497

Data: 07/11/2022 - 18:28

Resumo: : "Prezados, Em nome da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, registro que encaminhamos nossas contribuições para o e-mail da Coordenação de Normatização, pois o documento está em PDF e não está sendo possível enviá-lo pela plataforma Participa + Brasil. Permanecemos à disposição. BEATRIZ CARVALHO DE ARAUJO CUNHA Defensora Pública Encarregada de Proteção de Dados Mat. 3089309-3

Contribuinte: Beatriz Carvalho de Araujo Cunha

Número: OP-271506

Data: 07/11/2022 - 18:48

Resumo: : "São Paulo, 7 de novembro de 2022 À AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS Via Plataforma + Brasil Ref.: Tomada de subsídios sobre tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes Prezados Senhores, A Associação Brasileira de Instituições de Pagamentos ("ABIPAG"), inscrita no CNPJ/ME sob o nº 26.425.404/0001-10, vem, respeitosamente, à Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("ANPD") apresentar suas contribuições à tomada de subsídios referente ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, antecipando, desde já, a anuência à conclusão do Estudo Preliminar e ao enunciado proposto, isto é, que todas as bases legais previstas se aplicam ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que busque o melhor interesse desses titulares, de acordo com fundamentos expostos a seguir. Inicialmente, destaca-se que não há vedação expressa às bases legais que não o consentimento para o tratamento de dados pessoais de crianças. Esse entendimento encontra consonância com enunciado da IX Jornada de Direito Civil: "o art. 14 da LGPD não exclui a aplicação das demais bases legais, se cabíveis, observado o melhor interesse da criança". Ainda, também é adotado em outras jurisdições. A Information Commissioner's Office, do Reino Unido, por exemplo, autoriza o tratamento de dados de crianças e adolescentes em quaisquer das hipóteses previstas no art. 6 do Regulation (EU) 2016/679 of European Parliament and of the Council, isto é, para além do simples consentimento dos pais ou dos responsáveis legais das crianças. Nesse sentido, tal base legal é apenas mais uma hipótese elegível para o tratamento de dados de criança, devendo sempre ser de forma específica e em destaque, desde que seja a base legal mais apropriada para assegurar o seu interesse, em cumprimento ao disposto no §1º do art. 14 da LGPD. Vale ressaltar que o melhor interesse desses titulares nem sempre será assegurado pelo consentimento dos pais ou dos representantes legais. Poderá, por exemplo, ser assegurado por outras bases legais do art. 7º e 11 da LGPD, dentre os quais se destacam o cumprimento de obrigação legal e a execução de políticas públicas para assegurar a vida ou a incolumidade física do titular. Por fim, entende-se a interpretação do consentimento como única hipótese legal válida para o tratamento de crianças poderia ensejar uma hierarquização de hipóteses legais de tratamento, o que não encontra respaldo na LGPD. Do mesmo modo, a LGPD não equiparou dados de crianças e adolescentes no rol de dados pessoais sensíveis (art. 11), visto que a definição de dados pessoais sensíveis trazida na

legislação não incluiu categorias de titulares, razão pela qual interpretação nesse sentido pode ser equivocada. Sendo o que servia para o momento, a ABIPAG agradece novamente a oportunidade de se manifestar e se coloca à inteira disposição da ANPD para prestar esclarecimentos adicionais que se façam necessários. Atenciosamente, ABIPAG – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INSTITUIÇÕES DE PAGAMENTOS 1 “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei” 2 Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/eur/2016/679/article/6>

Contribuinte: Paula Vieira Matos

Número: OP-271544

Data: 07/11/2022 - 19:59

Resumo: : "TOMADA DE SUBSÍDIO SOBRE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) Brasília, 07 de novembro de 2022 Assunto: Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes A Associação Latino-americana de Internet (ALAI) oferece suas contribuições à Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, e sugere pontos a serem considerados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) na futura tomada de decisão sobre o tema. Conforme se verá abaixo: (i) entendemos adequado o entendimento disposto no Estudo Preliminar quanto às limitações jurídicas e dificuldades de aplicação prática do consentimento (art. 14, §1º) como a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças, em especial pelo potencial de limitar o tratamento de dados pessoais mesmo quando realizado no melhor interesse da criança e do adolescente; (ii) concordamos com a interpretação da Autoridade que afirma a possibilidade de tratamento de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD, desde que observado o princípio do melhor interesse; (iii) ressaltamos a importância de que a Autoridade reconheça o caráter multidimensional do princípio do melhor interesse, em especial considerando a redação do enunciado proposto na conclusão do Estudo Preliminar da ANPD, que menciona que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado desde que observado o seu melhor interesse, “a ser avaliado no caso concreto”; (iv) frisamos o entendimento de que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente mencionado pela LGPD exige uma abordagem multifacetada, considerando o engajamento de diversos atores; (v) reforçamos que inexistem fundamentos para equiparar dados pessoais de crianças e adolescentes a dados pessoais sensíveis, tendo em vista que tal interpretação retira desse grupo de indivíduos o direito de ter seus dados sensíveis tratados de acordo com o regime que essa modalidade exige, contrariando o melhor interesse das crianças e adolescentes; e (vi) compartilhamos percepções e experiências da Indústria alinhadas com o princípio do melhor interesse, que entendemos relevantes para o tema em

questão. A presente contribuição busca, portanto, apresentar os principais pontos a serem considerados pela ANPD para regulamentação do tema, com insumos para (i) subsidiar a atuação da Autoridade em torno da multidimensionalidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e para (ii) demonstrar como a indústria já se preocupa com esse princípio e como já o incorpora em suas práticas, de modo a possibilitar maior proteção aos dados pessoais desses titulares. Seguimos disponíveis para diálogo e refinamento das ideias aqui expostas de modo colaborativo, à medida que os trabalhos da ANPD avançam.

Respeitosamente, Sérgio Garcia Alves Gerente de Políticas Públicas, Brasil Raúl Echeberria Diretor Executivo

Assunto: Tomada de Subsídios sobre Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) prevê, na sua seção III, diretrizes para o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes. O caput do art. 14 da lei explicita que o tratamento dos dados desses titulares deve ocorrer em seu melhor interesse, nos termos da legislação pertinente. O §1º do art. 14 estabelece que “o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal”. Por sua vez, o §3º do mesmo artigo prevê que a coleta de dados de crianças poderá ser realizada sem o referido consentimento quando for necessário para contatar os pais ou responsável legal ou para a proteção da criança. A ANPD reconheceu, em sua Tomada de Subsídios, a acentuada controvérsia quanto à interpretação de tais dispositivos da LGPD, o que leva a uma situação de incerteza jurídica para os agentes de tratamento, nomeadamente em razão da indefinição sobre quais hipóteses legais autorizam o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Diante de tais divergências interpretativas e suas relevantes implicações práticas, a Autoridade elaborou estudo preliminar com objetivo de elaborar análise sobre quais hipóteses legais seriam aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Em suma, o estudo delineou três possíveis interpretações sobre os dispositivos da Lei Geral, a saber: (i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal, conforme art. 14, §1º, da LGPD, como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e (iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse. A partir de argumentos favoráveis e contrários a cada uma dessas interpretações, a ANPD concluiu que a terceira alternativa expressa a melhor interpretação da LGPD, de modo que se entende pela “possibilidade de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas nos arts. 7º e 11, desde que observado o princípio do melhor interesse, conforme previsto no art. 14 da Lei”. E a fim de dirimir a controvérsia sobre a questão, de forma a sintetizar sua interpretação sobre a matéria, a Autoridade Nacional, na sua competência para deliberar sobre a interpretação da lei (art. 55-J, XX, LGPD), editou enunciado, com a seguinte redação preliminar: “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou, no caso de dados sensíveis, no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), desde que observado o seu melhor interesse, a ser avaliado no caso concreto, nos termos do caput do art. 14 da Lei.” (i) A abordagem multifacetada da

multidimensionalidade do melhor interesse da criança Primeiramente, concordamos com a interpretação da Autoridade que afirma a possibilidade de tratamento de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD, desde que observado o princípio do melhor interesse, conforme previsto no art. da Lei. Como a própria Autoridade ressaltou, certamente tal interpretação não implica conferir um “cheque em branco” para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Pelo contrário, em qualquer situação, o tratamento deverá ser realizado com vistas a atender ao princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes. A possibilidade de aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD, desde que observado o princípio do melhor interesse, permite, de fato, maior flexibilidade em face da diversidade de situações concretas, aumentando o rol de possibilidades de tratamento. Além disso, a hipótese mantém a ausência de hierarquia entre as hipóteses legais de tratamento, como preconizado pela LGPD, e evita estabelecer proibições jurídicas abstratas de utilização de determinadas hipóteses legais, sem considerar as limitações e as consequências práticas dessa determinação. Além de enfatizar que a proteção da criança e do adolescente deve sempre estar baseada no princípio do melhor interesse, independentemente da hipótese legal utilizada. Ocorre que justamente pela centralidade do princípio do melhor interesse na avaliação da legalidade, legitimidade e segurança do tratamento de crianças e adolescentes, é importante que a Autoridade reconheça o caráter multidimensional desse princípio, em especial considerando a redação do enunciado proposto na conclusão do Estudo Preliminar da ANPD, que menciona que o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado desde que observado o seu melhor interesse, “a ser avaliado no caso concreto”. O caráter multidimensional do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente mencionado pela LGPD exige uma abordagem multifacetada que i) considere diferentes perspectivas, incluindo a de especialistas, autoridades públicas, reguladores, agentes de tratamento, pais e dos próprios jovens, e que ii) sopesse, de um lado, a supervisão de pais e responsáveis e, do outro, a autonomia dos adolescentes. O objetivo de tal abordagem é equilibrar adequadamente a supervisão parental e a autonomia do adolescente, sempre visando a segurança e a proteção da criança e do adolescente enquanto titulares de dados pessoais. O reconhecimento dessa realidade sobre esse princípio será vital para que a ANPD possa regular a respeito do tema e dos critérios a serem levados em consideração quando da “avaliação no caso concreto” na sua aplicação. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989, ratificada pelo Brasil em 1990 por meio do Decreto nº 99.710/90, estabelece direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, bem como aqueles direitos relacionados à saúde de crianças e adolescentes. O parágrafo 1º do art. 3ª do Documento confere à criança e ao adolescente o direito de ter seus melhores interesses avaliados e levados em consideração em todas as ações ou decisões que lhe digam respeito, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Além disso, tal dispositivo expressa um dos valores fundamentais da Convenção, sendo considerado pelo Comitê dos Direitos da Criança um dos princípios basilares para a interpretação e implementação de todos os direitos da criança e do adolescente. A aplicação do princípio do melhor interesse da criança é ainda um conceito dinâmico, que requer avaliação adequada ao contexto específico, sendo o seu conteúdo determinado caso a caso. Tal conceito é flexível e

adaptável, permitindo justamente que ele seja responsivo à situação de cada criança e adolescente, levando em consideração seu contexto pessoal, situação e necessidades. Em relação ao ambiente digital, o Comitê destaca que “os Estados Partes devem garantir que, em todas as ações relativas à disponibilização, regulação, design, gestão e utilização do ambiente digital, o melhor interesse da criança constitui uma consideração primordial”. Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) estabelece em seu art. 14 que “o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente”. Ao mesmo tempo, deve-se considerar que o direito das crianças e adolescentes, em particular no ambiente digital “demanda ações multidimensionais, que vão além do consentimento e pressupõem o engajamento de variados atores, incluindo pais, agentes de tratamento, organizações da sociedade civil e órgãos públicos”. É essencial que os direitos de crianças e adolescentes sejam preservados na criação e desenvolvimento de novos produtos e serviços. E para isso, para projetar experiências digitais que atendam ao melhor interesse desses titulares, é necessária a consideração de várias perspectivas diferentes, incluindo a de especialistas, autoridades públicas, agentes de tratamento, reguladores, pais e dos próprios jovens. Essa abordagem facilita o envolvimento de pais e responsáveis nas experiências online de suas crianças e adolescentes, ao mesmo tempo que apoia a autonomia desses titulares de dados. Tal equilíbrio é fundamental para que se estabeleça um modelo que seja capaz de implementar, em ações concretas, o princípio do melhor interesse. (ii) Inexistência de fundamento para equiparação a dados sensíveis Ratificando os argumentos contrários trazidos pela presente Autoridade na Interpretação no. 02 de seu Estudo Preliminar, entendemos que não há respaldo legal para se equiparar dados de crianças e adolescentes a dados sensíveis - já que a definição legal de “dados sensíveis” não abarcou explicitamente categorias de titulares em seu rol, como dados de crianças e adolescentes.

Complementarmente, compreendemos que o enquadramento de dados pessoais de crianças e adolescentes como dados sensíveis contraria o melhor interesse desses titulares, tendo em vista que retira desse grupo de indivíduos o direito de ter seus dados (de fato) sensíveis tratados de acordo com o regime que essa modalidade exige - e, portanto, discordamos da referida interpretação. (iii) Práticas da indústria que se coadunam com o melhor interesse Por fim, baseada nas melhores práticas e parâmetros a serem observados, a Indústria tem se debruçado continuamente para incorporar o princípio do melhor interesse da criança em suas práticas, tendo desenvolvido processos para aplicar a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança diretamente aos seus produtos e serviços ofertados, tais como: a) Privacy by design e by default Proposição de perguntas norteadoras, recursos e exemplos para ajudar as equipes de criação de produtos a tomar decisões equilibradas na criação e no desenvolvimento de tecnologias e aplicações voltadas ao público de crianças e adolescentes; b) Co-participação Por meio de programas de co-design, realização de consultas regulares a especialistas, jovens, pais e responsáveis, para garantir o desenvolvimento de produtos que atendam às suas necessidades, considerando justamente a multidimensionalidade do melhor interesse da criança e do adolescente; c) Transparência Fornecimento de informações sobre o tratamento de dados pessoais em linguagem simples e adequada ao público a que se destinam os produtos e serviços; d) Dinamicidade e inovação Consideração a fenômenos e mudanças

sociais relevantes para a adoção de mecanismos tecnológicos para proteger crianças e adolescentes online; e e) Ferramentas de supervisão parental Adoção de instrumentos para que pais e responsáveis apoiem suas crianças e adolescentes no ambiente digital, acessando ferramentas de supervisão e recursos educacionais elaborados por especialistas da área. (iv) Conclusão Por fim, reforçamos que vemos com bons olhos o Estudo Preliminar realizado pela Autoridade Nacional e concordamos com a interpretação que afirma a possibilidade de tratamento de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD, desde que observado o princípio do melhor interesse, conforme previsto no art. da Lei. Ressaltamos a importância de se pensar o melhor interesse da criança e adolescente como um princípio multidimensional - ou seja, voltado para o caso concreto, levando em consideração circunstâncias e características individuais específicas -, que exige uma abordagem multifacetada para promover, de um lado, a supervisão dos pais e responsáveis, e de outro, preservar a autonomia dos adolescentes. O desenvolvimento da noção do melhor interesse de crianças e adolescentes deve contar com a participação de diversos atores, a fim de se atingir a efetiva proteção dos dados desses titulares.

Contribuinte: Sergio Alves

Número: OP-271548

Data: 07/11/2022 - 20:10

Resumo: "A Coalizão pela Socioeducação, formada por diversas organizações de direitos humanos, coletivos, entidades, pesquisadores, especialistas e instituições públicas com atuação no Sistema de Justiça Juvenil e Sistema Socioeducativo, serve-se do presente para incluir comentários sobre a "Proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes", junto à Plataforma Participa + Brasil, tendo como objetivo contemplar as questões que envolvem a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito à apuração de atos infracionais. De plano, convém estabelecer que a LGPD regulamenta e incide sobre a questão, uma vez que o art. 4, III 'a' e 'd', cuida da prática de infrações à lei criminal praticada por adultos, sendo certo que o atendimento aos adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais está a cargo do SINASE, e não do SUSP, conforme veto apostado ao art. 9, parágrafo 2o., IX da Lei 13.675 (Mensagem 321 de 11 de junho de 2018). Assentada essa premissa, convém dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente prioriza sempre o sigilo dos dados das crianças e adolescentes como regra. O Artigo 143 dispõe: Artigo 143. É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional. Parágrafo único. Qualquer notícia a respeito do fato não poderá identificar a criança ou adolescente, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco, residência e, inclusive, iniciais do nome e sobrenome O Artigo 144, do mesmo Estatuto, também orienta que nos casos em que houver pedido de expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o Artigo 143, somente será deferida pela autoridade judiciária competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade. Por fim, o Artigo 247 trata da infração administrativa para aqueles e aquelas que divulgam por

qualquer meio de comunicação, ato ou documento de procedimento policial, administrativo ou judicial relativo à criança e ao adolescente a que se atribua ato infracional. Ademais, os próprios Artigos 17 e também 18 do mesmo Estatuto também determinam que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor. A temática é tão relevante que as Organização das Nações Unidas, em Assembléia Geral, ao deliberar sobre as regras mínimas para a administração da justiça da infância e juventude, sendo as chamadas Regras de Beijing, adotadas através da Resolução nº 40/33, de 29 de novembro de 1985, se pronunciou com a seguinte dicção no item 8: 8. Proteção da intimidade 8.1 - Para evitar que a publicidade indevida ou o processo de difamação prejudiquem os menores, respeitar-se-á, em todas as etapas, o direito dos menores à intimidade. 8.2 - Em princípio, não se publicará nenhuma informação que possa dar lugar a identificação de um menor infrator. Todos os dispositivos legais acima são de natureza eminentemente protetiva, ou seja de ordem pública, se sobrepondo sempre a quaisquer outros direitos, e obrigam o Estado ao seu cumprimento, independentemente de provocação, não carecendo de medida judicial para que a imagem das crianças e dos adolescentes seja preservada. É a própria lei que explicita que a imagem das crianças e adolescentes deve ser preservada, de forma a garantir-lhes o direito ao respeito, e protegê-los de qualquer situação vexatória ou constrangedora. A divulgação seja pela imprensa, seja pela publicidade irrestrita dos autos que tratam dos interesses da criança e adolescente, tutelados pela Lei Estatutária, os colocariam diante de enormes riscos advindos do constrangimento e das situações vexatórias daí derivadas, podendo, não raramente, serem vítimas (mais uma vez) de discriminação. É importante também destacar que uma vez extinta a medida socioeducativa, também deverá ser excluído o registro policial referente ao mesmo ato infracional que deu origem à medida. A medida socioeducativa possui um caráter preponderantemente pedagógico não configurando pena e, portanto, não induzindo à reincidência e nem maus antecedentes na fase adulta, posicionamento pacífico da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Neste sentido, após o cumprimento de medida socioeducativa é essencial que estes registros sejam apagados como forma de garantia e preservação da imagem das crianças e adolescentes. Com tal publicidade, ficariam as crianças ou adolescentes estigmatizadas, o que somente serviria para afastá-los ainda mais da reinserção harmoniosa no convívio social, dificultando seu resgate diante de ameaças ou violações dos seus direitos previstos na Lei Estatutária, seja por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; ou mesmo em razão de sua conduta, atingindo indelevelmente sua dignidade e respeito, degradando a própria pessoa. Como se pode perceber pelos diversos dispositivos legais transcritos, a imagem das crianças e adolescentes deve ser sempre preservada, como garantia do Artigo 227, caput da Constituição Federal. Portanto, não se justifica manter qualquer dado ou registro referente à medida socioeducativa já cumprida, pois a própria Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, impõem que deve sempre ser preservada a imagem, a intimidade e o respeito às crianças e adolescentes. Por fim, ressaltamos a importância do Artigo 6º do ECA, que dispõe que "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”. Assim, sugere-se que, ao interpretar o conteúdo da expressão “melhor interesse”, contida no artigo 14 da LGPD, esta ANPD reafirme o sigilo dos dados referentes aos adolescentes acusados da prática infracional, sendo certo que os controladores ou operadores deverão dar tratamento extremamente cuidadoso e seguro aos mesmos, e eliminá-los uma vez cumprida a medida socioeducativa aplicada.

Contribuinte: Thaisi Moreira Bauer

Número: OP-271554

Data: 07/11/2022 - 20:25

Resumo: : "Contribuição à Tomada de Subsídios pela ANPD Assunto: Tomada de Subsídios sobre proposta de enunciado de hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Diante da divergência de interpretações a respeito da seção III da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18 - LGPD), destinada ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, a ANPD tornou pública a Tomada de Subsídios para receber contribuições sobre o tema. Este documento foi elaborado pelo Time de Proteção de Dados e Regulatório de Novas Tecnologias do BBL I Becker Bruzzi Lameirão Advogados como material de apoio, com o intuito de auxiliar a proposta de enunciado sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. O documento trará contribuições sobre o tema, sendo dividido em três tópicos a seguir: (a) melhor interesse da criança e do adolescente; (b) abrangência do art. 14, § 1º, da LGPD; e (c) bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças. Melhor interesse da criança e do adolescente Os preceitos constitucionais apontam que as crianças e os adolescentes devem ser protegidos de forma especial, devendo essa proteção ser integral, isto é, abranger todos os aspectos que impactam a vida do infante: saúde, educação, lazer, desporto, cuidados especiais, dentre tantos outros. Com efeito, a infância e a juventude representam estágios de desenvolvimento físico e intelectual cruciais desses indivíduos, sendo tais garantias indispensáveis na promoção de um ambiente seguro para o seu crescimento. No âmbito da privacidade e proteção de dados, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes deve ter atenção especial pois, se utilizados de maneira indevida, podem acarretar riscos e danos potenciais para esses que são titulares vulneráveis. Nesse cenário, atentos às disposições constitucionais e à vulnerabilidade das crianças e adolescentes, a LGPD, em consonância com as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90 - ECA), impõe uma proteção especial para esses titulares. Essa proteção vem expressa na seção III da Lei, sobretudo, no artigo 14, caput, que afirma que todo tratamento de dados de crianças e adolescentes deve ser realizado em seu melhor interesse. Essa redação apenas reitera o que já é tido como diretriz do ordenamento jurídico brasileiro, reafirmando ser o melhor interesse um princípio que integra o sistema protetivo integral de crianças e adolescentes. Observado o exposto, em caso de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, deve-se ter o melhor interesse como princípio interpretativo norteador, qualquer que seja a base legal escolhida. Abrangência do art. 14, § 1º, da LGPD Antes de abordamos qual a melhor interpretação do art. 14, § 1º da LGPD, é

importante ressaltar que o texto apresenta apenas a expressão “crianças”, diferindo do caput, que também faz menção ao termo “adolescentes”. Ao deixar de mencionar os adolescentes no referido parágrafo, fica clara a intenção do legislador de não exigir em relação ao tratamento de dados pessoais do adolescente o consentimento específico de um dos pais ou responsáveis como acontece acerca do tratamento de crianças. Sem entrar nas discussões sobre a compatibilização da ausência de previsão de adolescentes com o regime de capacidade civil previsto no Código Civil de 2002, caso o enunciado venha a mencionar o art. 14, § 1º da LGPD, recomendamos que o enunciado somente utilize o termo “crianças” em sua redação. Caso o enunciado mantenha a redação proposta ao final do estudo preliminar, não há empecilho no uso de ambas as expressões. Isso porque ao adotar a terceira interpretação exposta no estudo, tanto os dados pessoais de “crianças”, como os de “adolescentes” – ainda que por diferentes justificativas – poderão ser tratados com base nas hipóteses do art. 7º e 11, da LGPD, levando em consideração o melhor interesse, aplicável a ambos de acordo com o art. 14, caput, da LGPD.

Bases legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças

A tomada de subsídios busca avaliar as diferentes concepções doutrinárias que surgem a partir da redação do art. 14, § 1º, da LGPD. Em estudo preliminar divulgado pela ANPD, há três possíveis interpretações oriundas do parágrafo 1º: (i) a aplicação do consentimento dos pais ou responsável legal como única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais de crianças; (ii) a aplicação exclusiva das hipóteses legais previstas no art. 11 ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, haja vista a sua equiparação aos dados sensíveis; e (iii) a aplicação das hipóteses legais previstas nos arts. 7º e 11 da LGPD ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, desde que observado o princípio do melhor interesse.

A primeira delas deriva da própria interpretação da redação do parágrafo ora analisado. Essa interpretação defende que o tratamento de dados de crianças somente poderia utilizar a base legal do consentimento, concedido de forma específica e destacado, dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. O consentimento apenas seria dispensado nas hipóteses expressas previstas no art. 14, § 3º, da LGPD, quando diante do tratamento dos dados para contatar os pais ou responsável legal ou para proteção das próprias crianças. Conforme exposto pela ANPD no estudo, é evidente que a aplicação restritiva da base legal do consentimento implica em uma série de limitações jurídicas, além de inúmeras dificuldades práticas, tendo em vista que a utilização da base legal do consentimento, em algumas situações, pode resultar inclusive na inobservância ao princípio do melhor interesse da criança. Ao analisar as exceções à exigência do consentimento apresentadas no art. 14, § 3º, da LGPD, fica evidente que o referido artigo não contempla todas as situações fáticas em que os dados de crianças podem ser tratados para atender ao seu melhor interesse. Basta pontuarmos três exemplos simples, tais como os casos em que a utilização dos dados dos titulares é necessária para garantir o direito à educação ou, ainda, nos casos em que os dados serão tratados para o desenvolvimento de políticas públicas na área da saúde. Nesses dois casos, a base legal adequada ao tratamento dos dados seria a de execução de políticas públicas, presente no art. 7º, III, da LGPD, e não a do consentimento. Um terceiro caso seria o tratamento com utilização de inteligência artificial para derrubar contas de crianças em redes sociais, observado seu melhor interesse e o legítimo interesse da empresa em evitar a exposição das crianças ao conteúdo. No mesmo sentido, é evidente a necessidade de tratar

os dados destes titulares para a proteção da vida ou da incolumidade física (art. 7º, inc. VII) ou para tutela de sua saúde (art. 7º, inc. VIII), de maneira que o entendimento pela aplicação restrita da base legal do consentimento se mostra limitante frente ao cumprimento do princípio do melhor interesse, podendo a aplicação unicamente desta base legal, conflitar com a garantia dos direitos e liberdades fundamentais destes titulares. Além das questões pontuadas pela ANPD acerca da utilização restrita do consentimento como base legal de tratamento dos dados, há desafios operacionais adicionais, devendo ser levada em consideração a dificuldade de assegurar o real envolvimento do responsável na autorização do tratamento dos dados. Apesar do art. 14, § 5º, da LGPD informar que cabe ao controlador garantir que o consentimento foi de fato dado pelo responsável da criança, a comprovação dessa identidade é um grande desafio para os agentes de tratamento. A disposição atual, portanto, não é eficaz na previsão de formas aptas a promover um consentimento verídico e inequívoco dos pais ou responsáveis. Ainda, a complexidade de tal exigência em termos de autenticação, coleta e gestão e tende a crescer, a depender da quantidade de titulares e da dificuldade de acesso aos responsáveis do menor. Em seguida, o estudo preliminar apresenta a possibilidade de equiparar os dados de crianças e adolescentes aos dados pessoais sensíveis, por meio de uma interpretação conjugada dos arts. 7º, 11 e 14. De acordo com essa interpretação, seriam aplicados ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes somente as bases legais elencadas no art. 11 da LGPD, ainda que a definição de dados pessoais sensíveis não contemple dados de crianças e adolescentes. Essa interpretação, portanto, sequer tem amparo na LGPD, já que o conceito de dados pessoais sensíveis, elencado no art. 5º, II da LGPD, não faz menção aos dados de crianças e adolescentes. Limitar o tratamento de dados às hipóteses do art. 11 restringiria as possibilidades de tratamento dos dados, ao não abarcar o tratamento de dados fundamentado no legítimo interesse, na execução de contrato e na proteção ao crédito. Essa limitação de bases legais mitiga as possibilidades de utilização dos dados pessoais de crianças e, conseqüentemente, reduz as possibilidades em que o tratamento poderia ser realizado para observar o melhor interesse dos titulares, diminuindo as possibilidades de efetivamente alcançar o cumprimento deste princípio. Ao final do estudo preliminar, a ANPD entendeu que a terceira alternativa expressa a melhor interpretação da LGPD, defendendo a possibilidade de tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes com base nas hipóteses previstas nos arts. 7º e 11 - e não apenas com base no consentimento -, desde que observado o princípio do melhor interesse, conforme previsto no art. 14 da LGPD. Esse último posicionamento demonstra que não será necessário obter o consentimento dos pais sempre que houver o tratamento de dados de menores, mas tão somente quando fizer o uso da base legal do consentimento, de acordo com o art. 14, § 1º, da LGPD. O posicionamento está em linha com o entendimento exarado pela Jornada de Direito Civil no 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”. Cumpre salientar também que esse é o entendimento defendido pela Autoridade de Proteção de Dados do Reino Unido (Information Commissioners’ Office) ao interpretar as disposições do GDPR (Regulamento de Proteção de Dados Europeu). A última interpretação, portanto, amplia e flexibiliza as possibilidades de tratamento de dados de crianças e adolescentes, sendo aplicáveis todas as

bases legais previstas no art. 7º e 11. Esse entendimento tem maior potencial de atender ao princípio do melhor interesse desses titulares, na medida que viabiliza que os dados sejam tratados em diversos cenários que podem favorecer a observância dos direitos e garantias previstas constitucionalmente e permitem a fundamentação em base legal adequada. Atenção especial merece a base legal do legítimo interesse do controlador ou de terceiro (art. 7º, inc. IX), em razão da possibilidade de um eventual conflito entre o interesse legítimo do controlador ou terceiro com o melhor interesse dos titulares dos dados. Nesse caso, o interesse legítimo do controlador não deve se sobrepor ao melhor interesse dos titulares, devendo este prevalecer sobre qualquer outro interesse do tratamento dos dados. De acordo com o ICO2, para fazer uso dessa base legal, o controlador deve tomá-la como um teste de três partes, conhecido como Teste de Legítimo Interesse (Legitimate Interest Assessment - LIA), sendo necessário: (i) identificar um interesse legítimo; (ii) demonstrar que o tratamento de dados é necessário para a sua viabilização, ou seja, para alcançar esse propósito; e (iii) equilibrar com os interesses, direitos e liberdades do indivíduo. No caso de crianças e adolescentes, levando em conta a maior vulnerabilidade dos titulares, caberá ao controlador identificar os potenciais riscos e consequências do tratamento e tomar as medidas apropriadas para mitigá-los, assim como deverá demonstrar que observou os direitos e liberdades dos titulares e que estes foram priorizados sobre os seus interesses legítimos. Dessa forma, o Teste de Legítimo Interesse (LIA) é uma ferramenta útil para o controlador demonstrar que considerou adequadamente o interesse dos titulares e os impactos do tratamento de dados, atestando que os interesses legítimos perseguidos estão alinhados, não interferem, não conflitam ou geram impactos negativos, em qualquer nível, considerado o melhor interesse da criança. A nosso ver, defender interpretações que impeçam o tratamento de dados com base no legítimo interesse não se mostra eficaz, uma vez que essa base legal pode sim ser utilizada para garantir o melhor interesse da criança ou do adolescente. A título de exemplo, podemos citar os casos em que os dados são tratados para realizar melhorias em produtos e serviços, visando maior segurança dos usuários. Nessas hipóteses, o tratamento de dados reforça a proteção dos titulares, aproximando, assim, o tratamento dos dados da efetivação do melhor interesse da criança e do adolescente. Diante do exposto, o entendimento publicizado pela ANPD através da redação sugerida para o enunciado demonstra-se acertado e em conformidade com os princípios constitucionais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em linha com o entendimento defendido pela ANPD, conclui-se não haver prejuízos ou riscos na possibilidade de aplicação de todas as bases legais no tratamento dos dados de crianças e adolescentes, desde que o melhor interesse dos titulares seja premissa principal do tratamento de dados realizado.

Contribuinte: Anna Luiza da Silva

Número: OP-271556

Data: 07/11/2022 - 20:34

Resumo: "1. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("ANPD") demonstrou grande preocupação acerca da insegurança jurídica causada pela ausência de interpretação definitiva

quanto às hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, bem como pela consequente aplicação inadequada dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018 ou “LGPD”). No contexto da tomada de subsídios sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes (“Tomada de Subsídios”), pretendemos propor nossas contribuições acerca do tema, especialmente no que tange às propostas já apresentadas pela ANPD no Estudo Preliminar publicado em setembro de 2022 (“Estudo Preliminar”).

2. Muito embora o estudo preliminar tenha abordado 3 (três) alternativas à legitimação do tratamento dos dados pessoais de crianças, concordamos com a ANPD no sentido de que a última hipótese seria a mais aplicável – ou seja, que o tratamento pode ser fundamentado em todas as bases legais da LGPD –, conforme demonstraremos a seguir. Portanto, essencialmente analisaremos os seguintes pontos na presente contribuição: (a) necessidade de tutela específica dos direitos das crianças em relação ao tratamento de seus dados pessoais; (b) impossibilidade de aplicação do consentimento como base legal mandatória e exclusiva ao tratamento de dados pessoais de crianças; (c) experiência estrangeira em relação ao tratamento de dados pessoais de crianças; e (d) possibilidade de adoção do mecanismo da autorização parental para o tratamento de dados pessoais de crianças. Além disso, conforme ressaltado ao longo do Estudo Preliminar, não pretendemos abordar especificamente (i) o regime de capacidade civil aplicável às crianças e adolescentes no âmbito da LGPD à luz do Código Civil; e (ii) os mecanismos e/ou medidas técnicas para verificação da idade e/ou obtenção do consentimento pelos controladores.

3. Inicialmente, cumpre destacar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já demonstra a primordialidade de se tutelar os direitos das crianças e adolescentes de forma específica e cautelosa ao estabelecer os direitos inerentes a estes indivíduos por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990 ou “ECA”). Com relação à privacidade e proteção dos dados pessoais, considerando o contexto digital em que as crianças e adolescentes estão inseridos, é imprescindível que seja regulado também o tratamento de seus dados pessoais. Isto porque, as crianças e adolescentes, além de serem considerados como vulneráveis e não terem a compreensão clara das implicações do tratamento de seus dados pessoais – especialmente no âmbito da cadeia de consumo –, estes são inseridos no ambiente digital antes mesmo de sua alfabetização (e.g., por meio das redes sociais de seus pais e familiares). Diante disso, o legislador optou por contemplar na LGPD a preocupação acerca da sensibilidade do tratamento dos dados pessoais de crianças ao determinar no artigo 14 a fixação do “melhor interesse da criança” como um requisito para a realização de tal tratamento.

4. Para além da observância do melhor interesse, no momento do processo legislativo determinou-se a necessidade de obtenção do consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal para o tratamento de dados pessoais de crianças – excluindo-se desta previsão os adolescentes. Não obstante, verifica-se nesta previsão diversos obstáculos, especialmente em vista da possível inviabilidade de aplicação prática do consentimento mandatório, bem como da necessidade de tratamento de dados pessoais de crianças para finalidades não condizentes com a obtenção do consentimento dos pais e/ou responsáveis.

5. Por exemplo, no caso de tratamento de dados pessoais de crianças em demandas judiciais envolvendo pagamento de pensão alimentícia, o tratamento é essencial ao melhor interesse da criança. No entanto, a base legal

do consentimento não estaria de acordo com as características descritas na LGPD, uma vez que além de haver a obrigatoriedade de um consentimento específico e em destaque, as características estabelecidas no artigo 5º, da LGPD também deveriam ser observadas – quais sejam, “ser uma manifestação livre, informada e inequívoca”. Nesta situação específica os pais e/ou responsáveis do titular de dados não teriam a possibilidade de não consentir com o tratamento e, portanto, este não seria uma manifestação livre em relação ao tratamento dos dados pessoais da criança e constituiria um vício de consentimento. 6. Além disso, apesar de esta hipótese legal conceder maior controle aos pais em relação ao tratamento dos dados pessoais da criança, a obrigatoriedade da obtenção do consentimento poderia também, nas palavras da própria ANPD, causar uma “fadiga do consentimento”. Ainda que os pais e/ou responsáveis legais tenham as informações sobre o tratamento de dados pessoais da criança, caso os controladores de dados sejam obrigados a coletar o consentimento em todas as situações, é possível que tais responsáveis percam o controle de quais atividades de tratamento seriam, de fato, realizadas no melhor interesse do titular de dados e quais deveriam depender do consentimento em virtude de sua natureza. 7. Tendo em vista que a LGPD foi fortemente inspirada nas experiências internacionais, especialmente o Regulamento Europeu de Dados Pessoais (“GDPR”), entendemos ser relevante endereçar a abordagem adotada para o tratamento de dados pessoais de crianças. O GDPR particularmente não define o consentimento como a única base legal aplicável ao tratamento dos dados pessoais de crianças, sendo que – no mesmo sentido do COPPA, conforme veremos a seguir – impõe a obrigação de tal consentimento apenas em situações pontuais (i.e., tratamento de dados pessoais de crianças para “information society services”, ou seja, serviços online). 8. Conforme mencionado no Estudo Preliminar, no contexto das discussões sobre o Projeto de Lei nº 4.060/2012, que precedeu e foi aprovado na forma da LGPD, o legislador aparentemente buscou incorporar as previsões do “Children's Online Privacy Protection Act” (“COPPA”), em vigor nos Estados Unidos da América (“EUA”) desde 1998, ao considerar ilegal o tratamento de dados pessoais de crianças sem o consentimento dos pais e/ou responsáveis. Isto porque, considerou-se que apenas impor a obrigação de que o tratamento de dados pessoais das crianças seja realizado em seu melhor interesse não seria suficiente para garantir sua plena proteção. Não obstante, é importante destacar que o próprio COPPA -assim como o GDPR - não estende tal imposição a todos os tipos de tratamento de dados pessoais de crianças, mas apenas àqueles realizados online, o que torna a interpretação da legislação brasileira ainda mais restritiva do que a estabelecida internacionalmente. 9. Em ambas as regulamentações estrangeiras, demonstrou-se um cuidado em conferir às crianças uma proteção maior, em vista de sua vulnerabilidade e menor compreensão dos riscos relacionados ao tratamento, o que foi igualmente endereçado na LGPD. Entretanto, ainda que o legislador tenha buscado conferir uma maior proteção às crianças ao inspirar-se nas experiências estrangeiras (em especial americana) e imprimir uma abordagem mais rigorosa às hipóteses de tratamento, conforme mencionado anteriormente, entendemos que tal conduta poderia acabar por dificultar a operacionalização da aplicação da LGPD quanto ao tratamento dos dados pessoais de crianças. 10. De maneira a conciliar a aparente intenção do legislador no Parecer da Comissão Especial de garantir a tutela específica dos direitos das crianças em relação ao consentimento com a viabilização do

tratamento dos dados pessoais no melhor interesse das crianças, sugerimos adotar um entendimento mais flexível em relação ao tratamento dos dados pessoais de crianças. O Enunciado 684, aprovado na IX Jornada de Direito Civil (2022), por sua vez, dispõe que a previsão do artigo 14 da LGPD não impede a aplicação das demais bases legais ao tratamento dos dados pessoais de crianças, desde que observado o melhor interesse da criança. 11.

Ainda neste sentido, consideramos que a obrigação relativa à obtenção do consentimento, nos termos do artigo supracitado, não englobaria as características exigidas pela LGPD inerentes ao consentimento (cf. artigo 5º, da LGPD), uma vez que nem sempre a base legal do consentimento será aplicável. Logo, ainda que seja necessário obter uma autorização parental para o tratamento dos dados pessoais, conforme preceitua o artigo 14, esta autorização não confunde-se com o consentimento estabelecido nos artigos 5º, XII, 7º, I e 11, I, da LGPD. Isto porque, tal obrigação decorre da própria incapacidade civil da criança, não da aplicação da base legal do consentimento em si. 12. Diante do exposto, entendemos que, como regra, os agentes de tratamento devem obter a autorização dos pais e/ou responsáveis legais para o tratamento dos dados pessoais de crianças. Ainda assim, existem situações nas quais, para além da autorização parental, a base legal do consentimento será aplicável – caso em que os requisitos do artigo 5º, da LGPD deverão ser igualmente observados pelos agentes de tratamento. Destaque-se que, independentemente da situação em que ocorra o tratamento, será necessário analisar (a) a observância do melhor interesse da criança; (b) a existência de autorização parental para o tratamento; (c) a aplicabilidade de uma das bases legais estabelecidas nos artigos 7º e 11º, da LGPD; e (d) o cumprimento dos demais requisitos específicos da LGPD (i.e., princípios da finalidade, transparência, dentre outros). 13. Por fim, sugerimos a edição de enunciado com a seguinte redação preliminar: “O consentimento descrito no caput do art. 14 da Lei não se confunde com a base legal do consentimento, nos termos dos artigos 5º, XII, 7º, I e 11, I, da LGPD. Desta forma, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base em qualquer uma das hipóteses legais previstas, sujeito à obtenção da autorização de um dos pais e/ou responsáveis legais e ao melhor interesse da criança, conforme previsto no caput do art. 14 da Lei.”

Contribuinte: FABIO LUIZ BARBOZA PEREIRA